

2010 年司考之路系列

国家司法考试

行政法·宪法

新东方北斗星司法考试研究中心 主编

赵 宏 雷 振 编著

電子工業出版社·

Publishing House of Electronics Industry

北京·BEIJING

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有，侵权必究。

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试·行政法·宪法/新东方·北斗星司法考试研究中心主编；赵宏，雷振编著.

北京：电子工业出版社，2010.3

(2010 年司考之路系列)

ISBN 978-7-121-10432-9

I. 国… II. ①新… ②赵… ③雷… III. ①行政法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料
②宪法—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 029885 号

策划编辑：周琰

责任编辑：周琰

特约编辑：周华 叶皓彤

印 刷：

装 订：

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本：787×1 092 1/16 印张：20 字数：525 千字

印 次：2010 年 3 月第 1 次印刷

定 价：46.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，
联系及邮购电话：(010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 zltts@phei.com.cn，盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线：(010) 88258888。

序



2009 年司法考试已经尘埃落定，2010 年备战司考的战鼓正在咚咚作响。李白诗云“蜀道难，难于上青天”，许多考生奋斗数载，有的甚至青丝变白发，也未能通过司法考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么有的考生皓首穷经，不能破解其中之谜；而有的考生能一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于考生能否精准掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。据不完全统计，司法考试涉及的法律条文共 2 万多条，涉及的学科涵盖法学 14 门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对重点把握不准，对难点无法破译，对疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海上的孤舟，茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点和疑点，直面考试并顺利通过，我们邀请了多年从事司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教师，精心撰写了《2010 年司考之路系列》丛书。本丛书共 10 本，包括《国家司法考试·理论法学与论述题写作》、《国家司法考试·国际法》、《国家司法考试·商法·经济法》、《国家司法考试·宪法·行政法》、《国家司法考试·刑法》、《国家司法考试·刑事诉讼法》、《国家司法考试·民法》、《国家司法考试·民事诉讼法》、《国家司法考试·重点法条解读》和《国家司法考试·配套单元练习》。

本丛书具有以下特点：

1. 全部考点掌中宝

本丛书集司考名师辅导经验总结、司考改革新动向、精彩授课内容和高效率应试复习于一体，按照大纲的考试要求，列出考点及 2010 年预测考查的考点，其中八本教材以“重点法条 + 考点解析 + 真题演练”的结构编排，《国家司法考试·重点法条解读》以“重点法条 + 法条精解 + 真题示例”的结构编排，《国家司法考试·配套单元练习》以“答案 + 考点 + 解析”的结构编排。方便考生携带，帮助考生随时记忆司法考试重点内容，提高复习的命中率。

2. 考点解析很周到

本丛书在保持学科体系完整的前提下，对考点精华内容进行了概括和提炼，且及时反映大纲、教材的最新变化，使新增内容一览无余。辅导名师的补充讲解，深度挖掘、突出重点，重点讲解、辨析考试要点及难点，略讲一般知识，不讲不具可考性的内容，繁简得

当，重点突出，直击命题核心。使考生在很短的时间内就可读完，但需要反复阅读，以便记忆。

3. 习题演练不可少

通过“真题演练”，把握考查的重点。本丛书将知识点分门别类地放在不同的部门法中；而在每一部门法内部，又依考查内容的不同，将试题再作细分。每道试题前面标明了试题的出处，以便考生精确查找。需要说明的是，因篇幅所限，可从“重点法条”和“考点解析”中直接查找到答案的习题，这里没有展开解释。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

穷数位名师之功，本丛书的面世自然令编者激动，但囿于能力所限，瑕疵断不可免。如有需要改进之处，敬请广大考生指正和海涵。

新东方北斗星培训学校校长

胡俊军

2010年3月



目录 | CONTENTS

行 政 法

第一讲	行政法基础理论	6
考点一	行政与行政法	6
考点二	行政法的法律渊源	7
考点三	行政法的基本原则	9
考点四	行政组织与行政主体	13
考点五	行政行为理论	16
第二讲	《公务员法》	21
考点一	公务员的范围与职位分类	21
考点二	公务员管理制度	21
第三讲	《行政处罚法》	28
考点一	行政处罚的总则	28
考点二	行政处罚的种类与设定	32
考点三	行政处罚的程序	34
考点四	行政处罚的执行	37
考点五	治安管理处罚法	39
考点六	《治安管理处罚法》与原《治安管理处罚条例》的区别	42
考点七	《治安管理处罚法》中其他值得注意的问题	45
第四讲	《行政许可法》	47
考点一	行政许可的适用范围	47
考点二	行政许可的设定	48
考点三	行政许可的实施机关	51
考点四	行政许可程序	52
考点五	行政许可的听证	57

	考点六 特殊的行政许可程序	59
	考点七 许可的监督与检查	59
第五讲	《行政复议法》	63
	考点一 行政复议范围	63
	考点二 抽象行政行为的审查	65
	考点三 复议机关的确定	67
	考点四 行政复议的申请人、被申请人与第三人	71
	考点五 行政复议与行政诉讼的关系	72
	考点六 复议的申请、受理与决定	77
第六讲	《行政诉讼法》	85
	考点一 具体行政行为合法性审查原则	85
	考点二 受案范围	86
	考点三 管辖	92
	考点四 行政诉讼当事人	97
	考点五 起诉与受理	108
	考点六 一审、二审与再审程序	116
	考点七 证据制度	121
	考点八 行政诉讼的法律适用	135
	考点九 行政诉讼中的特殊制度与原则	137
	考点十 行政诉讼的判决种类	145
	考点十一 非诉案件的执行	151
	考点十二 法院判决、裁定和赔偿判决书的执行	156
第七讲	《国家赔偿法》	158
	考点一 国家赔偿的构成要件与归责原则	158
	考点二 行政赔偿范围	160
	考点三 赔偿请求权人与行政赔偿义务机关	161
	考点四 行政赔偿程序	163
	考点五 刑事赔偿范围	167
	考点六 刑事赔偿的赔偿义务机关	170
	考点七 刑事赔偿程序	173
	考点八 民事、行政案件赔偿	175
	考点九 国家赔偿的方式和标准	177
第八讲	《政府信息公开条例》	180
	考点一 政府信息公开的主管部门及其主要职责	180
	考点二 政府信息公开的原则	180
	考点三 政府信息公开的范围	181
	考点四 政府信息公开的方式	184
	考点五 政府信息公开的程序	184
	考点六 政府信息公开的监督与救济	187



第九讲	《信访条例》	189
考点一	信访的基本原则	189
考点二	信访机构与主要职责	189
考点三	信访渠道	190
考点四	信访工作的程序	191

宪 法

第一讲	宪法的基本理论	199
考点一	宪法的概念和特征	199
考点二	宪法的本质与基本原则	201
考点三	宪法与宪政	202
考点四	宪法的分类	203
考点五	宪法的发展历史	204
考点六	我国现行宪法的四次修正（宪法修正案）	207
考点七	宪法在建设社会主义法治国家中的作用	210
第二讲	宪法的变迁	212
考点一	宪法的制定	212
考点二	宪法的渊源与宪法的结构	213
考点三	宪法规范	216
考点四	宪法效力	217
考点五	宪法解释	218
考点六	宪法修改	220
考点七	宪法实施保障	222
第三讲	公民及其基本权利	229
考点一	国籍的取得、丧失、与恢复	229
考点二	选举制度的基本原则	231
考点三	选举的组织	234
考点四	选举的程序	236
考点五	代表的罢免、辞职、补选和制裁	240
考点六	政治自由与狭义的政治权利	243
考点七	人身权利	244
考点八	经济社会文化权利	247
考点九	基本权利效力和基本权利限制的界限	252
第四讲	官员及其任免制度	253
考点一	中央主要官员及其任免	253
考点二	地方主要官员及其任免	257
第五讲	国家权力的横向配置	262
考点一	国家机构概述	262



考点二	权力机关之组织	263
考点三	权力机关之活动：提案制度、会议制度	267
考点四	权力机关之程序	272
考点五	国家元首（国家主席）	275
考点六	行政机关	276
考点七	军事机关与司法机关	283
第六讲	国家权力的纵向配置	287
考点一	一般地方制度	287
考点二	特别行政区制度	289
考点三	特区法律体系	293
考点四	民族区域自治制度	296
第七讲	《立法法》	299
考点一	立法分工与权限	299
考点二	规范性法律文件的效力位阶	303
考点三	规范性法律文件的效力冲突	304
考点四	立法审查	306
附录	本书主要法律文件全、简称对照表	311





行政法



导 论

对行政法的考查主要在司法考试的第二卷和第四卷中。近几年来,行政法在司法考试中所占的分值基本在 50~60 分之间,其中选择题的分值相对稳定。从 2005 年至 2009 年第二卷行政法的卷面分值比例分配来看,基本上单选题 12 题 12 分,多选题 11 题 22 分,不定项选择 3 题 6 分。这样,在司法考试第二卷的 150 分中,刑法部分约占 2/3,而行政法部分基本占据了 1/3。这种比例是比较固定的。另外,从近几年的司法考试来看,通常第四卷会有一道有关行政诉讼的案例分析或是有关行政法的论述题,所占分值约为 10 分。综上,我们可以看出,行政法部分在司法考试中所占的分值比例仅次于民法与刑法部分,成为司法考试中的重点内容。

一、行政法的命题特点

1. 命题涵盖知识点较广,在广泛考查的基础上有明显侧重。

从近几年司考的行政法试题来看,行政法部分考查覆盖的知识点越来越广泛,行政法中所涉及的法律,以及司考大纲中列举的知识点几乎都有所体现,这就提醒考生在复习时不能有所偏废,应对本部分涉及的知识点有一个全面把握。

但考查知识点覆盖面广并非意味着行政法的命题就没有重点。从历年的考题来看,行政诉讼部分绝对是行政法考题中的重中之重,几乎有一半的考题涉及到行政诉讼部分。考生在复习行政法的过程中,对这一点应特别注意。除《行政诉讼法》外,《行政复议法》、《行政处罚法》、《国家赔偿法》(行政赔偿部分)也几乎每年必考。《行政许可法》自 2004 年颁布以来,一直是出题热门,因此要予以特别关注。

2. 考查综合性强,注重相关知识点之间的结合。

行政法部分的另一命题特点是考查的综合性很强。考题很少只集中于一个知识点,也很少可以限定在一部单行法律规范的范围内,比如行政法的许多试题都将行政实体法(如《行政处罚法》、《行政许可法》)的内容与行政复议、行政诉讼以至行政赔偿等问题相结合考查。

而这种命题特点也跟行政法在内容上互相关联、不可分割的特点密切相关。因为作为实体法的行政许可、行政处罚与作为救济方式的行政复议、行政诉讼和国家赔偿,往往很容易结合起来进行考查,很多时候还会涉及其他部门法的相关内容。这就要求我们在复习时注重各知识点之间的融会贯通,而不要将它们分割开来理解。

3. 考题往往以案例形式设计,注重行政法知识要点在实际问题中的运用。

行政法部分的考题,尤其是第二卷中选择题的设计越来越倾向于以案例的形式,结合生活实践对行政法知识要点进行考查。这一点往往为答题带来很大困难。

实践中,行政机关的形式纷繁复杂,其行为方式也多种多样,试题中的案情设计常有很大的干扰性,使考生无所适从。但事实上,无论其案例设计如何令人眼花缭乱,归根到底都不会脱离行政法知识要点。因此,在复习行政法部分时,首先要对各个知识要点有真正的理解和把握,同时注重结合实例,这样在面对复杂的案例设计时,才能拨云见日,敏锐地发现题目的真正“考点”,排除干扰,正确解答。

4. 近年内新颁布的法律法规往往是考试的热点。

虽然《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》和《国家赔偿法》已经成为司考行政法部分每年必考的重点,但从历年的司考中也可以总结出考查规律,即每年行政法



部分都会或多或少地涉及当年新颁布的重要行政法律法规。例如《行政许可法》于2004年7月1日起施行，自2004年以来的第二卷中，每年都会出现相当比重的有关行政许可部分的考题；再如《公务员法》、《政府采购法》、《行政监察法》、《突发公共卫生事件应急条例》、《信访条例》等新法均在每年的行政法考题中有所体现。因此，考生在关注重点法条和基础理论的同时，对该年度内新颁布的行政法律法规，尤其是《大纲》中列举的，也应当给予适当关注。

二、行政法的复习技巧

1. 注重基础理论的理解和融会贯通，并在此基础上训练正确的解题思路。

许多考生在进行行政法部分的复习时，往往抛开基础理论，而直接依据法条，但又发现行政法部分的法律法规复杂多变，难以理出头绪。事实上，对于司考《大纲》中所列举的基础理论绝对不能弃之不理，因为基础理论是正确掌握法律法规的重要前提，两者之间是紧密联系的。例如行政主体理论的把握，对理解《行政复议法》中的被申请人认定、行政诉讼中的被告确定、行政赔偿中的赔偿义务机关都具有指导意义；行政行为的分类，尤其是具体行政行为和抽象行政行为的区分，是正确把握行政诉讼受案范围的重要标准。对行政法基础理论的清晰理解和认识，会使对法条具体内容的掌握事半功倍。否则，在面对复杂的案例设计时，会不知所措，无法辨识其中的真正“考点”。

2. 充分重视《大纲》中所列举的法条，注意把握重点和特点。

司法考试实践性和灵活性强的特点，要求我们在复习时充分重视法条，准确、全面地理解法条。而对行政法部分法条的复习，要特别注意把握重点和每部法律法规极具特色的部分，因为这些部分往往是历年司考的考查重点。

行政诉讼中的许多制度源于民事诉讼，但又有其特殊之处，我们应当将注意力集中于行政诉讼极具特色的制度。例如行政诉讼的受案范围，在刑事诉讼和民事诉讼中无所谓“受案范围”，对于案件的分析，往往直接切中实质部分，但在对行政诉讼案件的分析中，首先要解决的就是这起案件是否属于行政诉讼受案范围的问题。再如行政诉讼中的管辖、被告确认、行政诉讼与行政复议的衔接、案件进入审理程序后行政诉讼独特的举证制度、案件的判决形式、案件在判决之后的执行等，这些极具特色的行政诉讼制度都是考查的重点。

3. 对各个单行行政法律法规的复习，应注重其衔接性，切忌彼此割裂。

前面已经讲过，行政法的考题设计综合性很强，许多考题都很少只限定在一部单行法律法规的内容中。例如某个相对人受到行政机关违法的行政处罚，案件的实体内容本身涉及《行政处罚法》；该相对人不服，申请行政复议，这又将《行政复议法》的相关内容牵扯近来；如果该相对人对复议结果仍然不服，或者复议机关在规定期限内未作答复，相对人又会提起行政诉讼，在涉及行政诉讼问题时，又往往会涉及行政诉讼与行政复议的衔接；相对人有可能在提起行政诉讼的同时，提起行政赔偿请求，这又涉及《国家赔偿法》行政赔偿部分的内容。因此，在对单个行政法律法规复习时，绝对不能割裂它与其他法律法规及行政法具体理论的联系。但要做到统筹兼顾，心中有数，还需要在平时多下工夫，多归纳和总结。

4. 密切关注《大纲》的变化，对大纲中新增加的法律法规给予特别关注。

虽然行政法法条部分考查的重点历年都集中在《行政诉讼法》、《行政复议法》、《国家赔偿法》和《行政处罚法》上，但正如我国的行政法制建设与与时俱进一样，司考《大

纲》也会随时将该年度颁布施行的重要行政法律法规列入考查内容，所以我们要对《大纲》中新增加的法律法规给予特别关注。如上所述，2004 年颁布施行的《行政许可法》充分体现了市场经济对政府“放松管制”、放宽市场准入的要求，是行政法领域的一部重要法律规范。该法一经颁布，马上成为司考行政法部分的热点，所占分值可以与《行政处罚法》相提并论。2006 年 1 月 1 日施行的《中华人民共和国公务员法》和 2006 年 3 月 1 日施行的《治安管理处罚法》，在相关领域也同样具有重要意义，并在 2006 年的司法考试中有所体现。

三、本书行政法部分的宗旨、特点与阅读指导

本书行政法部分力求全面、准确地解析司考行政法与行政诉讼部分的要点，书中各专题几乎覆盖了行政法部分可能涉及的所有知识点。

1. 在体例安排上，每讲都包含本讲概要、重点法条、考点解析、真题演练四个部分。这样的体例安排适应了司考实践和复习要求，使考生能在重点法条与法理之间建立关联。

2. 本书的作者根据长期辅导司考的经验，对每个部分的考点都进行了归纳和总结，这样更便于考生深入掌握知识要点，理解考查重点和命题思路，提升应试能力。

3. 穿插于法条与讲解中的近十年的司考真题，也便于考生进一步把握司考要点，检验自己的掌握程度。



第一讲 行政法基础理论

【本讲概要】 行政法的基本概念；行政法的法律渊源；行政组织与行政主体理论；行政行为理论。

考点一 行政与行政法

法学理论

1. 行政法中的“行政”为国家行政，即国家行政机关行使行政职权，实现国家行政职能的活动。这种行政首先具有公共性，是行政机关基于公共利益而实施的活动，其范围和对象都是公共事务；其次是职权性，行政权发动的逻辑与私人活动不同，必须有授权基础，其职权要么来源于组织法上的直接规定，要么来源于法律、法规或规章的授予；再次，行政活动通常是对宪法与法律的执行与实施，是将抽象的法律规范具体落实于个案。

(1) 实施行政活动的主体一般是具有行政权的主体，但并非所有行政主体所为的活动均为行政活动。行政权主体以民事主体身份所为的行为为学理上的“私经济行为”，即民事法律行为，应受民事法律规范调整，而不受行政法律规范调整。

(2) 公共行政中有一类行为学理上称之为“政府行为”或“国家行为”，即具有高度主权性、政治性的行为，此类行为原则上不属于行政法研究的范畴。与此相应，《若干解释》亦规定：国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权，以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为，以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为，不属于行政诉讼的受案范围。

(3) 值得注意的是，在我国，公安机关、国家安全机关具有双重属性，既是行政管理机关，又是刑事侦查机关。因此，公安机关和国家安全机关的活动既包含行政管理活动，也包含刑事侦查活动，后者亦不属于行政法的调整范围。如《若干解释》规定，公安、国家安全机关等依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为，不属于行政诉讼的受案范围。

(4) 并非只有行政机关所为的行为才是行政活动，法律、法规可授权行政机关以外的其他组织行使某些特定的行政职权，如《行政处罚法》第17条规定，法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。《行政许可法》第23条规定，法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，在法定授权范围内，以自己的名义实施行政许可。行政机关也可将自己的行政管理职权委托他人行使，如《行政处罚法》第18条规定，行政机关依照法律、法规或规章的规定，可以在其法定权限内委托符合规定条件的组织实施行政处罚。

2. 行政法是调整由于国家行政管理行为发生的行政关系的法律规范的总和。行政法主要是调整行政机关在行政管理活动中与相对人之间的法律关系，这种关系有别于民事主



体之间的平等关系，主要特征在于权利义务分配的不对等。在实体上，行政机关享有强制性的行政职权，而相对人则处于被管理者的地位；但在程序上，行政机关并没有民事主体那样的“程序选择”自由，必须严格遵守法律规定的各种行政程序，而行政机关的程序义务对相对人而言，正是其程序权利。

3. 正因为权利义务分配的不对等，以及行政机关在行政管理活动中所处的优势位置，行政法的主要功能和目的即在于规范行政机关依法行政，防止其滥用行政权力，侵犯相对人的合法权益。对行政机关的规范主要包括三个方面：

(1) 主体规范，即规范行政活动主体的法律资格、行政机关的职权范围以及行政机关与内部公务员的职务委托关系；

(2) 行为规范，即规范行政活动的实体和程序规则；

(3) 行政救济，即行政机关违法行使行政职权后，相对人可采取的救济途径，或者说法律对行政机关合法行使行政职权的法定监督方式。

4. 在这种功能指向下，行政法的学科框架及每一部单行行政法规在行政法框架中的归属包括：

(1) 行政主体部分：（行政主体理论、《公务员法》、《行政监察法》）

(2) 行政行为部分：（行政行为理论、《行政处罚法》、《治安管理处罚法》、《行政许可法》、《政府信息公开条例》、《信访条例》）

(3) 行政救济部分：（《行政复议法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》）

考点解析

行政法的主要功能在于规范行政机关依法行政，这是所有行政法律规范的指导思想，也是我们认识行政法应持的基本立场。简言之，行政法就是规范行政机关、保护相对人合法权益的法律规范。在这一立场下重新翻看行政法的法律规范，就会对行政法有更深入的了解，在复习时也会有了方向：例如，大部分行政法规都会侧重于规定行政机关在行政管理活动中应履行的义务，诸如《行政处罚法》中的程序规则，《行政许可法》中的程序规则，这些规则的目的就是通过规范行政机关的行政程序，来达到监督行政机关依法行政的目的，因此这些规范也成为司法考试中命题的重点。再如，《行政复议法》第9条规定，公民、法人或其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起60日内提出行政复议申请，但是法律规定的申请期限超过60日的除外，而对于复议机关的审理期限，《行政复议法》第31条则规定，行政复议机关应当自受理申请之日起60日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于60日的除外。前者是“超过60日的除外”，后者是“少于60日的除外”，很容易混淆，但考生在记忆时只要把握“保护相对人的合法权益”这一基本立场，就会很快记住这两个完全相反的法条。

考点二 行政法的法律渊源

法学理论

法律渊源是法律的具体表现形式。与其他部门法不同，行政法的法律渊源相对而言较为复杂，包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章、自治条



例、单行条例以及其他规范性文件。这些法律文件的制定主体和效力等级简述如下：

1. 宪法。宪法是国家根本大法，具有最高的法律效力，任何立法性文件都不能与宪法相抵触。

2. 法律。行政法中的法律大多为“狭义的法律”，专指全国人大和全国人大常委会制定的法律。通常的法律文件名称上均为“××法”，诸如《公务员法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》等。法律在效力上仅次于宪法，而高于其他一切立法文件。

3. 行政法规。行政法规由国务院制定，内容主要涉及行政管理事务。行政法规的效力低于宪法与法律，而高于其他立法文件。

4. 地方性法规。地方性法规由省级（省、自治区、直辖市）人大、省会所在地的市的人大以及较大的市的人大及其常委会制定，其效力低于宪法、法律、行政法规。其中省会所在地的市的人大以及较大的市的人大及其常委会制定的地方性法规，效力低于其所在地的省级地方性法规。

5. 部门规章。部门规章由国务院各部门制定，制定主体不仅包括国务院的各部、各委员会，还包括国务院的直属机构等。部门规章在效力等级上低于宪法、法律和行政法规。但《立法法》并未对部门规章与地方性法规效力的高低作出规定，原则上部门规章适用于全国，而地方性法规仅适用于本地区，如部门规章的规定与地方性法规的规定不一致时，首先由国务院进行裁决，国务院认为应当适用地方性法规的，则适用地方性法规；国务院认为应当适用部门规章的，须上报全国人大常委会作出最终裁决。

6. 地方政府规章。地方政府规章由省级地方政府、省会所在地的市的人民政府以及较大的市的政府制定，效力低于宪法、法律、行政法规和本级及本级以上地方性法规。地方政府规章，无论是省级地方政府规章，还是较大的市的地方政府规章，在效力上都与部门规章平行，两者的区别也仅在适用范围上存在不同。部门规章适用于全国，而地方政府规章仅适用于地方，当两者发生冲突时，由国务院进行裁决。

考点解析

1. 行政法的法律渊源尽管是行政法中的基础性理论，但却涉及部门法中的许多具体考点。考生必须牢记各类法律渊源的制定主体和效力等级，这样在学习部门法时才不致混淆。司考内容以及具体单行法中有关行政法法律渊源的部分包括：

（1）行政处罚、行政许可的创设（参阅后面的行政处罚设定图与行政许可设定图。《行政处罚法》和《行政许可法》中分别规定了不同法律文件对于行政处罚与行政许可的设定权（包括创设权与规定权），考生在识记各类法律文件的设定权时，同样应牢记这些法律文件的制定主体，以免试题出现变通。

（2）行政诉讼的受案范围。《行政诉讼法》第12条第4项规定，法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为不属于行政诉讼的受案范围，《若干解释》补充规定，此处的“法律”专指全国人大及全国人大常委会制定的法律，即“狭义上的法律”。

（3）行政主体资格的判断。我国的行政主体除行政机关外，还包括法律、法规授权的行政机关以外的组织，即所谓“法律、法规授权的组织”，这里的法律、法规即全国人大及全国人大常委会制定的法律、国务院制定的行政法规和地方人大及其常委会制定的地方性法规。但行政机构（内设机构、新增机构和派出机构）除有法律、法规授权外，如有规



章授权，即部门规章和地方政府规章的授权，也可以成为行政主体。

(4) 行政诉讼中的法律适用。《行政诉讼法》第 52 条规定，人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。《行政诉讼法》第 53 条规定，人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。据此，行政诉讼中法律适用的原则就是“以法律、法规为依据”，“参照规章”。

(5) 行政机关的强制执行权。《若干解释》第 87 条规定，法律、法规没有赋予行政机关强制执行权，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院应当依法受理。法律、法规规定既可以由行政机关依法强制执行，也可以申请人民法院强制执行，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院可以依法受理。即行政机关只有具备法律、行政法规、地方性法规的授权时，才有强制执行权，否则必须申请人民法院强制执行，而不能自行强制执行。

2. 近年来，行政法规与行政规章的制定程序成为考察热点，考生在复习时也应予以特别注意。

考点三 行政法的基本原则

法学理论

1. 合法行政原则

合法行政是所有行政活动必须遵循的首要原则，其他原则都可以理解为是这一原则的扩展与延伸。合法行政原则的具体要求如下：

(1) 职权合法。行政机关必须在法律规定的权限范围内活动，即行政活动必须有法律的授权，行政机关的活动逻辑与公民个体的活动逻辑不同，对于行政机关而言，“法律无授权则为禁止”，而对于公民个体而言，“法律无禁止即为自由”。

(2) 内容合法。行政机关实施行政管理必须严格按照法律规定的诸项内容进行，要做到事实清楚，证据确凿，适用法律、法规正确。

(3) 程序合法。这一点又体现出行政机关与公民个体的不同。对于公民个体而言，在从事民事活动时，只要没有法律的强行性规定，均可自由选择行为程序；但对于行政机关而言，必须严格遵守法律规定的程序规则。

2. 合理行政原则

合理行政原则是指所有的行政活动，尤其是行政机关有裁量权的活动，都必须符合合理性。具体而言包括：

(1) 平等原则。即行政机关应平等对待所有当事人，不能有所偏颇。

(2) 符合法律授权的目的。行政机关在实施行政活动时，只能考虑法律授权的目的，而不能考虑与此无关的其他因素。

(3) 符合比例原则。“比例原则”是行政法中的专业术语，具体而言是指行政机关在进行行政管理活动时，其手段和目标必须符合比例，他所选择的手段对于目标的达成必须是必要的，而且在各种可以实现其目标的手段中，应选择对当事人权利影响最小的手段。



3. 程序正当原则

程序正当原则的具体内容包括：

- (1) 行政公开。行政活动应当公开，涉及国家秘密、商业秘密及个人隐私的除外。
- (2) 公众参与。行政机关在作出重要决定时，应听取公众意见，尤其是应当听取相对人和其他利害关系人的陈述或申辩。
- (3) 公务回避。行政机关工作人员履行职责，与行政管理相对人存在利害关系时，应当回避。

4. 高效便民原则

高效便民原则具体包含两个方面的要求：

- (1) 行政效率。行政机关应当积极、迅速、及时地履行职责、实现职能，严守时限规定，并不断降低行政成本。
- (2) 便利当事人。即行政活动应尽可能减少当事人的负担，尽可能使当事人感觉便利。

5. 诚实守信原则

诚实信用本来是对民事主体进行民事活动时的基本要求，近年来亦成为对政府活动的要求。政府在进行行政管理活动中同样应当诚实守信，其中最重要的体现即对相对人的信赖利益进行保护。信赖保护原则的要点包括：

- (1) 行政机关的具体行政行为一经作出，即具有拘束力，作出行政行为的行政机关本身亦受其拘束，嗣后不能随意对该行为予以变更或撤销。
- (2) 行政行为因具有国家公信力，因此，相对人对行政行为作出后能够存续的信赖值得保护，这就是相对人的信赖利益，即使行政行为违法，行政机关也不能随意对该行为予以变更、撤销或废止，必须在相对人的信赖利益和撤销该行为所保护的公益之间进行衡量，只有公益大于私益时，才能撤销。但如果是因为事后事实与法律发生变化要对行政行为进行废止，要对相对人因此受到的损失进行补偿；如果因为行政行为作出时就违法而事后将其撤销，则要对相对人进行赔偿。
- (3) 相对人信赖利益产生的基础在于，行政行为的违法并非由相对人的原因造成，如果该违法是因为相对人行贿、威胁、提供虚假信息等行为造成的，相对人不存在值得保护的信赖。

6. 权责统一原则

权责统一原则由两个方面的内涵构成：

- (1) 行政职权。为保证行政目标的顺利实现，法律、法规应赋予行政机关一定的执法手段，并通过这些手段的运用排除其在职能实现过程中遇到的障碍。
- (2) 行政责任。即行政机关违法或不当行使行政职权时，应当依法承担法律责任，从而实现权力与责任的统一。

考点解析

1. 合法行政原则

合法行政原则着重体现于行政诉讼的维持判决理由中，《行政诉讼法》规定，具体行政行为事实清楚、证据确凿、适用法律法规正确、符合法定程序的，应判决维持。这也说明具体行政行为必须全部具备上述条件，才属于合法，这些条件缺一不可。



2. 合理行政原则

(1) 对于行政诉讼而言,法院原则上只审查行政行为的合法性,而不审查行政行为的合理性,《行政诉讼法》第5条规定,人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。唯一的例外是,行政处罚显失公正的,人民法院可以判决变更。此处涉及的即为合理性审查。

(2) 对于合理行政原则,尤其是其中的“比例原则”是近年来论述题考察的重点。考生在复习时应给予特别关注。

3. 程序正当原则

(1) 程序正当的要求几乎渗透在行政法的所有法律规范中。例如《行政许可法》第30条规定:“行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示。申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的,行政机关应当说明、解释,提供准确、可靠的信息。”这就是行政公开的典型要求。再如,无论是《行政处罚法》还是《行政许可法》均规定,“听证应公开进行”,涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的除外;另外,行政处罚的听证主持人为“非本案调查人员”,“行政机关应当指定审查该行政许可申请的工作人员以外的人员为听证主持人,申请人、利害关系人认为主持人与该行政许可事项有直接利害关系的,有权申请回避”,这些规定均体现出程序正当的要求。

(2) 在《行政处罚法》与《行政许可法》中特别强调程序规则。这些程序规则因已由法律所规定,如果行政机关不遵守,就会构成违反法定程序;其他的行政管理活动,如法律未明确规定行政活动的程序,而行政活动欠缺上述程序正当的内容,在论述题中也应当从程序正当的角度去论述。

4. 高效便民原则

高效便民原则最重要的体现即《行政许可法》,这些规则也常常成为考试热点:

(1) 申请提出的便利。《行政许可法》第29条规定,公民、法人或者其他组织从事特定活动,依法需要取得行政许可的,应当向行政机关提出申请。申请书需要采用格式文本的,行政机关应当向申请人提供行政许可申请书格式文本。申请书格式文本中不得包含与申请行政许可事项没有直接关系的内容。申请人可以委托代理人提出行政许可申请,但依法应当由申请人到行政机关办公场所提出行政许可申请的除外。行政许可申请可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出。

(2) “一站式办公”。《行政许可法》第26条规定,行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的,该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请,统一送达行政许可决定。行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的,本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理,或者组织有关部门联合办理,集中办理。

5. 诚实守信原则

(1) 行政法规范中最明显体现诚实信用原则的是《行政许可法》。《行政许可法》第8条规定,公民、法人或其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机



关应当给予补偿。《行政许可法》第69条规定，行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守作出准予行政许可决定的，作出行政许可决定的机关或者上级机关，根据利害关系人的请求或者依据职权，可以撤销行政许可，但被许可人的合法权益受到损害的，行政机关应当依法给予赔偿。

(2) 信赖保护利益近年来经常在论述题中出现，且分值很高，考生应给予特别关注。

真题演练

1. (2003-4-8)^① 某市委为加强道路管理、规范日益混乱的交通秩序，决定出台一项新举措，由交通管理部门向市民发布通告，凡自行摄录下机动车辆违章行驶、停放的照片、录像资料送经交通管理部门确认后，被采用并在当地电视台播出的，一律奖励人民币200~300元。此举使许多市民踊跃参与，积极举报违章车辆，当地的交通秩序一时间明显好转，市民满意。新闻报道后，省内甚至外省不少城市都来取经、学习。但与此同时，也出现了一些意想不到的事：有违章驾车者去往不愿被别人知道的地方，电视台将车辆及背景播出后，引起家庭关系、同事关系紧张，甚至影响了当事人此后的正常生活；有乘车人以肖像权、名誉权受到侵害，把电视台、交管部门告上法庭的；有违章司机被单位开除，认为是交管部门超越范围行使权力引起的；有抢拍者被违章车辆故意撞伤后，向交管部门索赔的；甚至有利用偷拍照片向驾车人索要高额“保密费”的；等等。报刊将上述新闻披露后，某市治理交通秩序的举措引起了社会不同看法和较大争议。

问题：请谈谈你对某市治理交通秩序新举措合法性、合理性的认识。

2. (2008-2-46)^② 关于合理行政原则，下列哪一选项是正确的？

- A. 遵循合理行政原则是行政活动区别于民事活动的主要标志
- B. 合理行政原则属实质行政法治范畴
- C. 合理行政原则是一项独立的原则，与合法行政原则无关
- D. 行政机关发布的信息应准确是合理行政原则的要求之一

3. (2006-4-5)^③ 2002年7月，某港资企业投资2.7亿元人民币与内地某市自来水公司签订合作合同，经营该市污水处理。享有规章制定权的该市政府为此还专门制定了《污水处理专营管理办法》，对港方作出一系列承诺，并规定政府承担污水处理费优先支付和差额不足的义务，该办法至合同期结束时废止。2005年2月，市政府以合作项目系国家明令禁止的变相对外融资举债的“固定回报”项目，违反了《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》的精神，属于应清理、废止、撤销的范围为由，作出《关于废止〈污水处理专营管理办法〉的决定》，但并未将该决定告知合

① 本案主要涉及合法行政中的职权法定原则，即法律并没有允许行政机关将行政处罚的调查权授予或委托给一般公众，而本案中交管部门的做法有违这一原则；其次，考生应注意论述交管部门的行为所造成的社会成本，以及对各方当事人的权利与利益造成的严重侵害，从而违反了合理行政中的比例原则。

② B。行为合理是行政活动与民事活动的共同要求，只是具体表现不同，例如在民事活动中强调“诚实信用”，而在行政活动中则转化为“信赖保护”与符合“比例原则”，因此选项A不正确；从合法性原则发展到合理性原则，是行政活动从单纯的形式合法走向实质合法的表现，因此选项B正确；合理性原则是合法性原则的重要补充和发展，并非与合法性原则毫无关联，因此选项C不正确；行政机关发布信息准确应属于合法性原则的具体要求，因此选项D不正确。

③ 本题的考点主要是行政法上的信赖保护问题。但本题的焦点是市政府的行为是一个违法的行政行为，相对人对该行为的信赖是否受到保护。事实上，只要相对人对行政行为存有信赖，且并不具有阻碍信赖利益产生的事由（例如行政行为的违法是因相对人行贿、胁迫、提供虚假信息等原因造成的），其信赖就是值得保护的，行政机关嗣后对行政行为的变更、撤销或废止，都应当对相对人进行赔偿。

作公司和港方。港方认为是政府的做法不当，理由是：其一，国务院文件明确要求，各级政府对涉及固定回报的外商投资项目应“充分协商”、“妥善处理”，市政府事前不做充分论证，事后也不通知对方，违反了文件精神；其二，1998年9月国务院的通知中已明令禁止审批新的“固定回报”项目，而污水处理合作项目是2002年经过市政府同意、省外经厅审批，原国家外经贸委备案后成立的，手续齐全、程序合法。

请问：1. 运用行政法原理对某市政府的上述做法进行评论；

2. 结合上述事件论述依法治国和公平正义的法治理念。

4. (2007-4-7)^① 据报道，在城市建设中，有的政府部门发出有关土地使用的许可证照后，因法律、法规、规章的修改、废止，或城市规划修改等许可所依据的客观情况发生重大变化，为了公共利益而撤回已生效的许可。也曾有个别地方的政府部门在颁发土地使用证照过程中确有审查不严的问题，为弥补过错过失而以公共利益需要为由收回已生效的许可；或为了以更高价位将土地出让给他人，而以公共利益需要为由收回已生效的许可。请就上述情况，根据行政法有关原则，谈谈你的看法及建议。

考点四 行政组织与行政主体

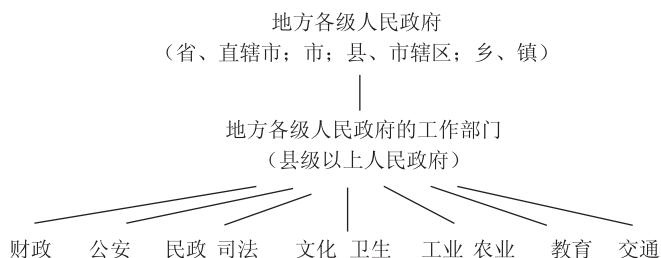
法学理论

1. 行政组织

我国的行政组织包括中央国家行政机关和地方国家行政机关。

(1) 中央国家行政机关是指国务院和国务院的各组成部门，其中包括：国务院各部、各委员会、国务院直属机构、国务院组成部门管理的机构、国务院办公厅、国务院的办事机构、国务院议事协调机构、国务院各部门的内设机构。

(2) 地方国家行政机关是指地方各级人民政府及其工作部门（通常又被称为职能部门）。我国的地方政府分四级（如下图所示）：省级人民政府（包括省、自治区、直辖市）、市级（包括设区的市、自治州）、县级（包括县、自治县、县级市和市辖区）、乡级（包括乡、民族乡和镇）。各级政府的工作部门（职能部门）与国务院的组成部门间存在相应的对应关系。例如省政府下属的公安厅、市政府下属的公安局、区政府下属的公安分局。但值得注意的是，只有县级以上（包含县级）人民政府才能设立这些职能部门，而乡级政府不设立职能部门。



^① 本题也是在考察信赖保护原则，具体而言是对行政许可信赖保护的考察。考生可参照上文中所列举的有关《行政许可法》中的规定进行解答。





除上述中央国家机关和地方国家机关外，我国的行政机关序列中还包含派出机关。派出机关是由地方人民政府设立的，其职能相当于一级人民政府。在我国派出机关共有三类：

(1) 行政公署：省、自治区政府设立的，职能相当于省级政府与市、县级政府之间的一级人民政府。

(2) 区公所：县、自治县政府设立的，职能相当于县级政府与乡、镇级政府之间的一级人民政府。

(3) 街道办事处：由市辖区、不设区的市政府设立，职能相当于区级政府或不设区的市政府下属的一级人民政府。

与派出机关相对应的另一概念为“派出机构”，与派出机关不同，派出机构是由政府的工作部门设立的，因此其职能也与工作部门一样是专门性的，例如公安局设立的派出所，税务局设立的税务所和工商局设立的工商所。

2. 行政主体理论

(1) 行政主体的概念与意义。行政主体理论是行政法基础理论中非常重要的一项，也是考生必须掌握的一项基本理论。行政主体是指享有行政职权、能够以自己的名义对外行使行政职能，并独立承担由此产生的法律后果的组织。这一理论的意义在于：行政主体是确认行政复议被申请人（进而确认行政复议机关）、行政诉讼被告、行政赔偿义务机关的标准。因此，在行政复议、行政诉讼和国家赔偿中，只有行政主体才能成为被复议申请人、诉讼被告和赔偿义务机关。从这个意义上说，行政法中的行政主体理论堪比民法中的法人理论。

(2) 行政主体种类。在我国行政主体主要包括两类：①行政机关（中央国家行政机关、地方国家行政机关、派出机关）；②法律、法规授权组织。我们上文所讲的中央国家机关（包括国务院和国务院的各组成部门）及地方国家机关（地方各级人民政府及其工作部门）原则上均具有行政主体资格，因此对其行为可独立承担相应的法律后果，可成为复议被申请人、诉讼被告和行政赔偿义务机关。

(3) 法律、法规授权组织。除中央国家行政机关和地方国家行政机关外，我国还有许多行政机关以外的其他组织，例如事业单位，它们亦因有了法律、法规的授权，而可以自己的名义对外行使行政职能，并独立承担由此产生的法律后果，所以也属于行政主体，可成为复议被申请人、诉讼被告和行政赔偿义务机关。这类组织我们称之为“法律、法规授权组织”。

考点解析

1. 行政组织

(1) 对我国行政组织的识记与考察，主要是与下文中的行政主体理论密切相关，学习时应与下面的行政主体知识相结合。

(2) 只有县级以上（包含县级）人民政府才能设立工作部门（职能部门），乡级政府一般不设立工作部门。

(3) 派出机关与派出机构之间的区别是经常考察的重点，请牢牢识记。

2. 行政主体理论

(1) 行政授权与行政委托的区别。与行政授权相对应的是行政委托。行政委托是指行



政主体将自己的职权委托给其他机关、机构、组织或个人行使。根据委托的一般原理，受委托的机关、组织、机构或个人不能以自己的名义对外行使职权，不能独立承担由此产生的法律后果，因此不能成为行政复议的被申请人、行政诉讼的被告以及行政赔偿的赔偿义务机关。简言之，行政机关委托的组织不是行政主体。

行政授权与行政委托的区别主要是：①两者的权力来源不同。行政授权组织的权力来源于“法律、法规”的授予；而行政委托组织的权力则来源于行政机关。②两者的法律后果不同。行政授权的结果是使授权者获得了行政主体资格，因此，被授权者能够独立承担法律责任；而受委托组织并不具有行政主体资格，其实施的行为在法律后果上仍然归属于委托它的行政机关，因此对受委托组织作出的行政行为，应由委托机关来担任复议的被申请人、诉讼被告和赔偿义务机关。

易混淆之处：判断“行政授权”还是“行政委托”的依据，不能仅根据文字表述，而应根据权力的真正来源。前者来源于法律、法规；后者来源于行政机关。近年来考题中常常用“行政机关将职权授予某组织”这样的表述来混淆考生，事实上，此时因为权力仍然来源于行政机关，因此，仍然属于行政委托，而不是行政授权。

(2) 行政机构的主体资格判断。行政机关内部常常会有不同的组成部分，这些组成部分包括：内设机构，即行政机关内部固定设立的机构，例如地方公安部门内部设立的消防机构、公安交通管理机构、公安出入境管理机构等；派出机构，即上文所说的政府的工作部门所派出的机构，例如派出所、工商所和税务所等；新增机构，即行政机关为行政管理的需要而临时设立的一些机构。

原则上行政机构并不具有行政主体资格，它所为的行为均由它所在的行政机关承担责任。但如果这些机构有了法律、法规和规章的明确授权，就具有了行政主体资格，可以独立承担法律责任。

(3) 派出机关与派出机构。如上文所述，派出机关具有行政主体资格，其行为均由自己来承担法律责任；而派出机构因属于行政机构，因此，其是否具有行政主体资格，要视是否有“法律、法规和规章”的授权。

(4) 判断某个行政组织是否具有行政主体资格。实践中的行政组织千差万别，考生不可能全部掌握，判断该机关是否具有行政主体资格，只要看它是否属于上文所列的中央国家机关、地方国家机关或派出机关的序列即可。

(5) 因为行政机关的工作部门仅设立到县级政府（包含县级政府），乡级政府（乡、镇政府）不能设立工作部门，因此乡级政府下属的机构的行为均由乡政府承担相应的法律责任。

真题演练

1. (2008-2-81)① 下列哪些行政机构的设置事项，应当经上一级人民政府机构编制管理机关审核后，报上一级人民政府批准？

- A. 某县两个职能局的合并
- B. 某省民政厅增设内设机构
- C. 某市职能局名称的改变
- D. 某县人民政府设立议事协调机构

① AC。须报上级政府批准的包括行政机关工作部门的合并、名称的变化，而增设内部机构或者新增机构，无须经过批准，因此 BD 不正确。

2. (2009-2-83)^① 下列哪些事项属于国务院行政机构编制管理的内容?

- A. 机构的名称
- B. 机构的职能
- C. 机构人员的数量定额
- D. 机构的领导职数

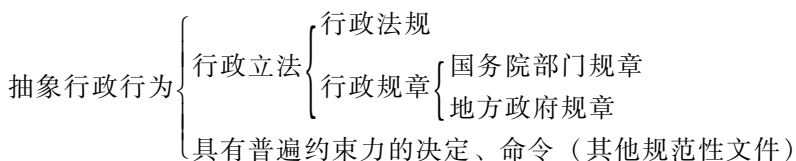
考点五 行政行为理论

行政行为是行政法中的另一重要理论,它是所有行政方式的上位概念,是行政机关所为的所有行为方式的总和。行政行为可以根据不同的标准划分为不同的种类,例如羁束行政行为与裁量行政行为,其中抽象行政行为与具体行政行为的分类在行政法中具有特别的意义,考生必须掌握。

法学理论

1. 抽象行政行为

根据《若干解释》第3条的规定,抽象行政行为是行政机关针对不特定对象制定的、具有普遍约束力的、能够反复使用的规范性文件。实践中,抽象行政行为的范围包括行政立法行为和行政机关制定其他规范性文件的行为。具体如下所示:



(1) 抽象行政行为中的行政立法行为,前文在介绍行政法的法律渊源时已有介绍。对于行政法规和行政规章的制定主体和效力等级,考核时常常与《立法法》相连。

(2) 行政机关制定的其他规范性文件,既包括没有权力制定行政法规和行政规章的行政机关制定的规范性文件,例如市公安局发布的规范性文件或者乡政府发布的规范性文件;也包括有权制定行政法规和行政规章的行政机关制定和发布的非行政法规与行政规章的其他决定与命令,例如国务院各部门发布的非行政规章的行政决定。原则上,所有的行政机关都有权在其管辖职权范围内,制定具有普遍约束力的、能够反复适用的规范性文件,也就是说,作出抽象行政行为是行政机关在行政管理过程中选择的一种行为方式。但规范性文件不能违反上位法的规定,也不能超出制定机关的职权范围。

(3) 抽象行政行为的制定和生效程序与立法行为类似,一般都要经过立项、起草、审查、决定、公布等几个阶段。对于行政法规和行政规章的具体执行程序可参阅《立法法》的相关规定;而其他规范性文件的制定,目前并无统一的法律、法规加以规范,一般参照规章的制定程序。近年来行政法规和行政规章的制定往往成为考试的热点,考生应予以特别关注。

① 行政法规的制定

制定主体:国务院。

制定程序:立项、起草、审查、决定、公布、备案。

具体程序:国务院法制办在汇总各部门的立项申请后,于每年年初拟订国务院年度立

^① CD。国务院的机构名称与职能并不属于行政机构编制管理的内容,编制主要涉及人员的数量,具体配置、安排以及领导职数等。因此,CD选项正确。





法工作计划，报国务院审批；行政法规的起草，既可由国务院的一个部门或者几个部门负责，也可以由国务院法制办负责，在起草过程中，应广泛听取有关机关、组织和公民的意见，听取意见可采取座谈会、论证会、听证会等方式；行政法规送审稿，由国务院法制办审查；采用建议送审方式的草案，由国务院常务会议审议，采用传批方式的草案，由国务院审批；行政法规由总理签署，国务院令公布施行；行政法规在公布后 30 日内，由国务院办公厅报全国人大常委会备案。

行政法规解释：行政法规条文本身需要进一步明确界限或者作出补充规定的，国务院各部门和省、自治区、直辖市人民政府可以要求解释，此类解释由国务院法制办拟订解释草案，报国务院同意后，由国务院或其授权的有关部门公布；对属于行政工作中的具体应用行政法规的问题，国务院各部门的法制办和省、自治区、直辖市人民政府的法制办可以要求解释，此类解释原则上由国务院法制办答复，涉及重大问题的，由国务院法制办提出意见报国务院同意后答复。

② 行政规章的制定

制定主体：部门规章的制定主体包括国务院各部、各委员会、直属机构等。地方政府规章的制定主体包括省级人民政府、省会所在地的市级人民政府、经济特区市的人民政府以及国务院批准的较大的市的人民政府。

决定：部门规章经制定部门的部务会议或者委员会会议决定，地方政府规章由制定它的地方政府常务会议或者全体会议决定。

公布：行政规章由其制定主体的首长签署命令予以公布。

备案：规章应当自公布之日起 30 日内，由制定主体的法制办依法报有关机关备案。

2. 具体行政行为

具体行政行为是国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或个人在行政管理活动中行使行政职权，针对特定的公民、法人或其他组织，就特定的具体事项，作出的有关该公民、法人或其他组织权利义务的行为。

（1）具体行政行为的典型特征

① 处分性。即具体行政行为对相对人的权利义务进行了法律上的调整，也就是说，行政机关借由行政行为对相对人的权利义务进行了处分，并产生了法律效果。具体行政行为的处分性使它与行政机关所为的事实行为，例如行政机关的咨询行为得以区分。

② 特定性。这是具体行政行为最重要的特征，具体行政行为所针对的对象不一定只有一个相对人，但它影响到的相对人的范围必须是可以确定的。

③ 外部性。原则上具体行政行为都是行政机关针对外部的行政管理相对人作出的，行政机关内部的人员配置、公文流程、规则适用等并不属于具体行政行为。

典型的具体行政行为：行政处罚、行政许可、行政强制等。

（2）具体行政行为的成立与生效

学理上认为所谓“具体行政行为的成立”是指具体行政行为的存立和产生；而生效则指具体行政行为产生后，发生了一定的法律效果，对当事人的权利义务进行了法律调整。

对于行政行为在生效后所发生的法律效果，学界一般概括为三个方面：①拘束力，主要针对行政相对人，指具体行政行为一经生效，行政相对人就应遵守履行，即使对该行为有异议，也应通过法律所提供的常规救济途径（如行政复议、行政诉讼和国家赔偿）提出异议，而不能直接予以对抗。②确定力，主要针对作出该行为的行政机关，指具体行政行



为一经生效，行为机关就不能再对该行为随意变更或撤销，否则就侵犯了相对人的信赖利益；确定力还指行政相对人对行政行为的异议只能在法律规定的救济期限内提出，超过法定期限，行政行为就具有了确定效果，相对人就无权再提出异议。③执行力，即国家有权使用强制力迫使具体行政行为中所确定的权利义务关系转化为现实。行政行为的执行力与行政行为的强制执行有关，后文中会有相关论述。

考点解析

1. 重要考点是抽象行政行为与具体行政行为的区分：

(1) 区分意义：抽象行政行为与具体行政行为的区分是行政法司法考试中的重要考点，几乎每年都会涉及，很多时候还出现在案例分析中，所占的分值也相当多。其原因就在于抽象行政行为与具体行政行为的区分首先是确定行政诉讼受案范围的重要标准，《行政诉讼法》第5条规定：“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查”，将抽象行政行为排除在行政诉讼的受案范围以外。而《行政复议法》尽管部分程度上引入了对抽象行政行为的审查，但仅是部分的、有限的审查，因此抽象行政行为与具体行政行为的区分对于行政复议同样重要。

(2) 区分标准：抽象行政行为与具体行政行为的区分标准主要是看行为所影响到的利害关系人是否可以确定的，即便行为影响到的利害关系人不止一人，只要其范围和数量是可以确定的，该行为仍旧是具体行政行为。

(3) 易混淆之处：是否以规范性文件的方式作出并不是抽象行政行为与具体行政行为的区分标准，因此，即便某个行为是以规范性文件的方式作出的，但只要影响到的利害关系人可以确定，仍旧是具体行政行为。

2. 不同的抽象行政行为在行政诉讼中的适用是不同的。《行政诉讼法》第52条规定，人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。《行政诉讼法》第53条规定，人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。所谓“以法律、法规为依据”，“参照规章”，《若干解释》第62条又补充：“人民法院审理行政案件，适用最高人民法院司法解释的，应当在裁判文书中援引。人民法院审理行政案件，可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”因此在抽象行政行为中，行政法规对人民法院具有拘束作用，法院判决必须依据，而规章和规章以下的规范性文件，人民法院就有了选择适用权。

3. 不同抽象行政行为在设定行政处罚、行政许可方面的权限也是不同的。考生在复习行政处罚与行政许可时应联系此部分内容一起识记。

4. 关于具体行政行为的成立、生效以及效力内容，学界目前仍旧没有统一认识，而具体行政法律规范中涉及行政行为成立、生效问题的只有《行政处罚法》。《行政处罚法》第3条规定，行政处罚没有法定依据或不遵守法定程序，处罚无效。而第41条则规定，行政处罚不告知当事人给予行政处罚的事实、理由和依据，或拒绝听取当事人的陈述、申辩，行政处罚不成立。如果深究会发现此处的规定与我们上文谈及的学界的普遍认识并不相符，此时考生以法律的具体规定为准即可，不用再深究其中的差别，复习考试时这一部分也仅做到“识记准确”即可，不用理解。

对于效力内容,考生重点识记行政行为的确定力即可。因确定力涉及相对人的信赖保护,考试中出现的频率很高。

真题演练

1. (2007-2-46)^① 下列关于行政法规解释的哪种说法是正确的?
 - A. 行政法规可以设定行政拘留处罚
 - B. 行政法规对法律设定的行政许可作出具体规定时可以增设行政许可
 - C. 行政法规的决定程序依照国务院组织法的有关规定办理
 - D. 行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院法制办裁决
2. (2008-2-41)^② 关于行政法规制定程序的说法,下列哪一选项是正确的?
 - A. 行政法规的制定程序包括起草、审查、决定和公布,立项不属于行政法规制定程序
 - B. 几个部门共同起草的行政法规送审稿报送国务院,应当由牵头部门主要负责人签署
 - C. 对重要的行政法规送审稿,国务院法制办经国务院同意后向社会公布
 - D. 行政法规应当在公布后30日内由国务院法制办报全国人大常委会备案
3. (2009-2-39)^③ 下列哪一选项符合规章制定的要求?
 - A. 某省政府所在地的市政府将其制定的规章定名为“条例”
 - B. 某省政府在规章公布后60日向省人大常委会备案
 - C. 基于简化行政管理手续考虑,对涉及国务院甲乙两部委职权范围的事项,甲部单独制定规章加以规范
 - D. 某省政府制定的规章既规定行政机关必要的职权,又规定行使该职权应承担的责任
4. (2005-4-1)^④ (以下简称城市公交公司)召开协调会后,下发了甲市人民政府《会议纪要》,明确:城市公交公司的运营范围,界定在经批准的城市规划区内;城市公交公司在城市规划区内开通的线路要保证正常运营,免缴交通规费;在规划区范围内,原由交通部门负责的对城市公交公司违法运营的查处,交由建设部门负责。《会议纪要》下发后,甲市城区交通局按照《会议纪要》的要求,中止了对城市公交公司违法运营的查处。
田某、孙某和王某是经交通部门批准的三家运输经营户,他们运营的线路与《会议纪要》规定免缴交通规费的城市公交公司的两条运营线路重叠,但依《会议纪要》,不能享受免缴交通规费的优惠。三人不服,向法院提起诉讼,要求撤销《会议纪要》中关于城市公交公司免缴交通规费的规定,并请求确认市政府《会议纪要》关于中止城区交通局对城

① C。根据《行政处罚法》与《行政许可法》的规定,行政法规不能设定限制公民人身自由的处罚,在对法律设定的行政许可做出具体规定时不能增设许可或者增加许可的条件,因此A、B选项不正确;行政法规之间对同一事项的规定出现新旧冲突时,应由国务院决定,D选项不正确,因此正确答案为C。

② C。根据《行政法规制定程序条例》规定,立项、起草、审查、决定、公布、备案均属于行政法规的制定程序,因此选项A不正确;几个部门共同起草的行政法规送审稿报送国务院,应由国务院总理签署,因此选项B不正确;重要的行政法规送审稿,经报国务院同意,国务院法制办向社会公布,征求意见,选项C正确;行政法规应在公布后的30天内由国务院办公厅报全国人大常委会备案,因此选项D不正确。

③ D。根据《规章制定程序条例》第6条规定,规章的名称一般称“规定”、“办法”,但不得称“条例”,因此选项A不正确;规章应当自公布后30日备案,因此选项B不正确;涉及国务院多个部委的职权事项,应由这些部委共同起草,因此选项C不正确。

④ 甲市人民政府的《会议纪要》属于行政诉讼的受案范围,该《会议纪要》尽管是以规范性文件的方式作出的,但它所针对的对象和影响到的利害关系人的范围是可以确定的,因此仍旧是具体行政行为,仍然属于行政诉讼的受案范围。



国家司法考试

行政法・憲法



5. (2006-2-40)^① 下列选项中哪些是关于具体行政行为拘束力的正确理解?

- A. (1) (2)
B. (1) (2) (4)
C. (2) (3)
D. (3) (4)

A. 与抽象行政行为不同，具体行政行为一经成立即生效

B. 行政强制执行是实现具体行政行为执行力的制度保障

C. 未经送达领受程序的具体行政行为也具有法律约束力

D. 因废止具体行政行为给当事人造成损失的，国家应当给予赔偿

A. 行政处罚
B. 行政强制措施
C. 行政行为的撤销
D. 行政检查

③ C。市建设局撤销规划许可证的行为属于撤销行政许可的行为，因此选项 C 是正确的；此处应区别的是“吊销许可证”与“撤销许可证”，只有前者属于行政处罚。

第二讲 《公务员法》

【本讲概要】 公务员的概念和基本原则；公务员的职位分类制度；公务员的基本管理制度。

考点一 公务员的范围与职位分类

重点法条

第二条 本法所称公务员，是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。

第十四条 国家实行公务员职位分类制度。

公务员职位类别按照公务员职位的性质、特点和管理需要，划分为综合管理类、专业技术类和行政执法类等类别。国务院根据本法，对于具有职位特殊性，需要单独管理的，可以增设其他职位类别。各职位类别的适用范围由国家另行规定。

第十六条 公务员职务分为领导职务和非领导职务。

领导职务层次分为：国家级正职、国家级副职、省部级正职、省部级副职、厅局级正职、厅局级副职、县处级正职、县处级副职、乡科级正职、乡科级副职。

非领导职务层次在厅局级以下设置。

考点解析

1. 尽管《公务员法》将公务员划分为综合管理类、专业技术类和行政执法类，但《公务员法》的主要规范涉及的仍是综合管理类的公务员。
2. 公务员职务分为领导职务和非领导职务，非领导职务层次仅在厅局级以下设置。
3. 我国公务员的范围不仅限于国家行政机关的工作人员，同时具备依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利这三个条件的人员，都属于公务员的范围。

考点二 公务员管理制度

重点法条

1. 录用制度

第二十一条 录用担任主任科员以下及其他相当职务层次的非领导职务公务员，采取公开考试、严格考察、平等竞争、择优录取的办法。

民族自治地方依照前款规定录用公务员时，依照法律和有关规定对少数民族报考者予



以适当照顾。

第二十二条 中央机关及其直属机构公务员的录用，由中央公务员主管部门负责组织。地方各级机关公务员的录用，由省级公务员主管部门负责组织，必要时省级公务员主管部门可以授权设区的市级公务员主管部门组织。

第二十四条 下列人员不得录用为公务员：

- (一) 曾因犯罪受过刑事处罚的；
- (二) 曾被开除公职的；
- (三) 有法律规定不得录用为公务员的其他情形的。

第三十二条 新录用的公务员试用期为一年。试用期满合格的，予以任职；不合格的，取消录用。

2. 考核制度

第三十五条 对非领导成员公务员的定期考核采取年度考核的方式，先由个人按照岗位职责和有关要求进行总结，主管领导在听取群众意见后，提出考核等次建议，由本机关负责人或者授权的考核委员会确定考核等次。

第三十六条 定期考核的结果分为优秀、称职、基本称职和不称职四个等次。

定期考核的结果应当以书面形式通知公务员本人。

3. 职务任免与升降制度

第三十八条 公务员职务实行选任制和委任制。

领导成员职务按照国家规定实行任期制。

第四十七条 公务员在定期考核中被确定为不称职的，按照规定程序降低一个职务层次任职。

第九十五条 机关根据工作需要，经省级以上公务员主管部门批准，可以对专业性较强的职位和辅助性职位实行聘任制。

前款所列职位涉及国家秘密的，不实行聘任制。

4. 奖励、惩戒制度

第五十四条 公务员执行公务时，认为上级的决定或者命令有错误的，可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见；上级不改变该决定或者命令，或者要求立即执行的，公务员应当执行该决定或者命令，执行的后果由上级负责，公务员不承担责任；但是，公务员执行明显违法的决定或者命令的，应当依法承担相应的责任。

第五十五条 公务员因违法违纪应当承担纪律责任的，依照本法给予处分；违纪行为情节轻微，经批评教育后改正的，可以免于处分。

第五十六条 处分分为：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

第五十七条 对公务员的处分，应当事实清楚、证据确凿、定性准确、处理恰当、程序合法、手续完备。

公务员违纪的，应当由处分决定机关决定对公务员违纪的情况进行调查，并将调查认定的事实及拟给予处分的依据告知公务员本人。公务员有权进行陈述和申辩。

处分决定机关认为对公务员应当给予处分的，应当在规定的期限内，按照管理权限和规定的程序作出处分决定。处分决定应当以书面形式通知公务员本人。

第五十八条 公务员在受处分期间不得晋升职务和级别，其中受记过、记大过、降级、撤职处分的，不得晋升工资档次。



受处分的期间为：警告，六个月；记过，十二个月；记大过，十八个月；降级、撤职，二十四个月。

受撤职处分的，按照规定降低级别。

第五十九条 公务员受开除以外的处分，在受处分期间有悔改表现，并且没有再发生违纪行为的，处分期满后，由处分决定机关解除处分并以书面形式通知本人。

解除处分后，晋升工资档次、级别和职务不再受原处分的影响。但是，解除降级、撤职处分的，不视为恢复原级别、原职务。

5. 交流与回避制度

第六十三条 国家实行公务员交流制度。

公务员可以在公务员队伍内部交流，也可以与国有企业事业单位、人民团体和群众团体中从事公务的人员交流。

交流的方式包括调任、转任和挂职锻炼。

第六十八条 公务员之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系的，不得在同一机关担任双方直接隶属于同一领导人员的职务或者有直接上下级领导关系的职务，也不得在其中一方担任领导职务的机关从事组织、人事、纪检、监察、审计和财务工作。

因地域或者工作性质特殊，需要变通执行任职回避的，由省级以上公务员主管部门规定。

第六十九条 公务员担任乡级机关、县级机关及其有关部门主要领导职务的，应当实行地域回避，法律另有规定的除外。

第七十条 公务员执行公务时，有下列情形之一的，应当回避：

- （一）涉及本人利害关系的；
- （二）涉及与本人有本法第六十八条第一款所列亲属关系人员的利害关系的；
- （三）其他可能影响公正执行公务的。

6. 辞职、辞退

第八十一条 公务员有下列情形之一的，不得辞去公职：

- （一）未满国家规定的最低服务年限的；
- （二）在涉及国家秘密等特殊职位任职或者离开上述职位不满国家规定的脱密期限的；
- （三）重要公务尚未处理完毕，且须由本人继续处理的；
- （四）正在接受审计、纪律审查，或者涉嫌犯罪，司法程序尚未终结的；
- （五）法律、行政法规规定的其他不得辞去公职的情形。

第八十二条 担任领导职务的公务员，因工作变动依照法律规定需要辞去现任职务的，应当履行辞职手续。

担任领导职务的公务员，因个人或者其他原因，可以自愿提出辞去领导职务。

领导成员因工作严重失误、失职造成重大损失或者恶劣社会影响的，或者对重大事故负有领导责任的，应当引咎辞去领导职务。

领导成员应当引咎辞职或者因其他原因不再适合担任现任领导职务，本人不提出辞职的，应当责令其辞去领导职务。

第八十三条 公务员有下列情形之一的，予以辞退：

- （一）在年度考核中，连续两年被确定为不称职的；
- （二）不胜任现职工作，又不接受其他安排的；



(三) 因所在机关调整、撤销、合并或者缩减编制员额需要调整工作, 本人拒绝合理安排的;

(四) 不履行公务员义务, 不遵守公务员纪律, 经教育仍无转变, 不适合继续在机关工作, 又不宜给予开除处分的;

(五) 旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归连续超过十五天, 或者一年内累计超过三十天的。

第八十四条 对有下列情形之一的公务员, 不得辞退:

(一) 因公致残, 被确认丧失或者部分丧失工作能力的;

(二) 患病或者负伤, 在规定的医疗期内的;

(三) 女性公务员在孕期、产假、哺乳期内的;

(四) 法律、行政法规规定的其他不得辞退的情形。

7. 申诉控告

第九十条 公务员对涉及本人的下列人事处理不服的, 可以自知道该人事处理之日起三十日内向原处理机关申请复核; 对复核结果不服的, 可以自接到复核决定之日起十五日内, 按照规定向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上一级机关提出申诉; 也可以不经复核, 自知道该人事处理之日起三十日内直接提出申诉:

(一) 处分;

(二) 辞退或者取消录用;

(三) 降职;

(四) 定期考核定为不称职;

(五) 免职;

(六) 申请辞职、提前退休未予批准;

(七) 未按规定确定或者扣减工资、福利、保险待遇;

(八) 法律、法规规定可以申诉的其他情形。

对省级以下机关作出的申诉处理决定不服的, 可以向作出处理决定的上一级机关提出再申诉。

行政机关公务员对处分不服向行政监察机关申诉的, 按照《中华人民共和国行政监察法》的规定办理。

第九十一条 原处理机关应当自接到复核申请书后的三十日内作出复核决定。受理公务员申诉的机关应当自受理之日起六十日内作出处理决定; 案情复杂的, 可以适当延长, 但是延长时间不得超过三十日。

复核、申诉期间不停止人事处理的执行。

考点解析

1. 录用制度

公务员职务的取得包含了两个层次的问题: ①取得公务员的身份; ②取得具体的职位。而此处的录用制度主要是指初次进入国家机关, 担任主任科员以下及其他相当职务层次的非领导职务公务员, 首先要通过录用程序取得担任公务员的资格。

初次进入公务员队伍除应满足第 24 条所规定的消极条件外, 还应满足第 11 条中的积极条件, 主要包含: ①具有中华人民共和国国籍; ②年满 18 周岁; ……⑥具有符合职位



要求的文化程度和工作能力。

2. 考核制度

考核制度详见《公务员法》第35~36条。

3. 职务任免与升降制度

与公务员的录用是首次取得公务员的身份不同，公务员的职务取得是指公务员获得某项具体的职务。公务员职务实行选任制、委任制和聘任制三种方式。选任制适用于领导职位，即通过人大及其常委会选举的方式任免领导职务公务员，但具有任期。委任制公务员适用于经录用进入公务员序列的非领导职务，委任制公务员遇有试用期满考核不合格、职务发生变化，不再担任公务员职务以及其他情形需要任免职务的，按照相关规定任免职务。聘任制公务员主要适用于专业性较强的职位和辅助性的职位。

4. 奖励、惩戒制度

(1) 公务员执行上级错误或违法命令的处理。《公务员法》第54条是关于下级对上级决定或命令如何执行的规定，也是考试中常见的考点。具体解析如下：①下级执行上级的决定或命令时，认为上级有错误的，可以向上级提出意见；②上级如果仍然坚持此决定或命令，下级必须执行，但执行后果由上级负责，下级免责；③如果上级决定或命令明显违法，下级不得执行，否则也应承担相应责任。“明显违法”是指明显违反法律的具体规定。

(2) 公务员的处分制度。公务员处分制度是《公务员法》的考核重点，考生应对以下要点特别注意：

①对公务员的处分包括警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。其中，降级是降低受处分人的级别；撤职即免去受处分人所担任的具体职务，而开除则意味着完全剥夺受处分人的公务员身份。

②处分必须依法定程序作出，并以书面形式通知公务员本人。

③公务员在受处分期间不得晋升职务和级别，其中受记过、记大过、降级、撤职处分的，不得晋升工资档次。受撤职处分的，按照规定降低级别。

④《公务员处分条例》第10条还规定，行政机关公务员同时有两种以上需要给予处分的行为的，应当分别确定其处分。应当给予的处分种类不同的，执行其中最重的处分。

⑤解除降级、撤职处分的，不视为恢复原级别、原职务。

5. 交流与回避制度

公务员的回避制度是公务员法考核中的重要考点。其中第68条为任职回避、第69条为地域回避，而第70条为公务回避。第68条因为较复杂，考生易混淆，因此出题频率很高。

(1) 对第68条任职回避的正确理解如下：

①第68条中所涉及的亲属关系包括夫妻关系、直系血亲和三代以内旁系血亲以及近姻亲关系。《公务员任职回避与公务回避暂行办法》中特别明确，直系血亲关系包括祖父母、外祖父母、父母、子女、孙子女、外孙子女，三代以内旁系血亲包括伯叔姑舅姨、兄弟姐妹、堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹、侄子女、甥子女，而近姻亲关系包括配偶的父母、配偶的兄弟姐妹及其配偶、子女的配偶及子女配偶的父母、三代以内旁系血亲的配偶。

②第68条禁止有上述亲属关系的公务员在同一机关担任双方直接隶属于同一领导人员的职务，或者有直接上下级领导关系的职务，也不得在其中一方担任领导职务的机关从事组织、人事、纪检、监察、审计和财务工作，《公务员任职回避与公务回避暂行办法》中特别明确，同一行政首长，包括同一级领导班子成员；直接上下级领导关系，包括上一



级正副职与下一级正副职之间的领导关系。

③ 但第 68 条并不禁止有上述亲属关系的公务员在同一机关任职，只要他们并不直接隶属于同一领导人，或者一方虽是另一方的领导，但并非直接的上级领导。

④ 公务员在任职回避时，由本人或者任免机关提出回避要求，一般情形下职务不同的，由职务较低的一方回避；职务相同的，由任免机关根据工作需要和公务员的实际情况决定其中一方回避。

(2) 第 69 条涉及地域回避，即担任县、乡机关及其有关部门主要领导职务的，如县长、副县长、乡长、副乡长等，均不得在原籍任职，所谓本乡本县的人不得在本地方担任主要领导职务。

(3) 第 70 条涉及职务回避，详解如下：

① 所处理的职务涉及本人的利害关系。涉及本人利害关系，可分为本人未被处理的当事人和处理的公务与本人有直接的利害关系，足以影响公正执法。

② 所处理的职务涉及与本人有第 68 条第 1 款规定的四种比较亲密的亲属关系的人员有利害关系的，这里的亲属包括夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系的，这里的利害关系包括这些亲属是公务执行的对象或者与公务执行有经济、名誉等利害关系。

6. 辞职、辞退

辞职、辞退详见《公务员法》第 81~84 条。

7. 申诉控告

《公务员法》第 90 条涉及公务员的申诉控告，而申诉控告也是公务员认为自己的权利受到所在机关侵犯时所能采用的主要救济方式，因为《行政复议法》与《行政诉讼法》均将“公务员认为行政机关的行为侵犯其合法权益而不服”的这种“内部行政行为”排除在了行政复议与行政诉讼的受案范围，因此，此处的公务员的申诉与控告制度就显得非常重要。具体而言，公务员的申诉控告包括以下几个方面：

(1) 公务员对涉及本人的人事处理决定部分，既可以提出复核，也可以进行申诉。其中复核是向原处理机关提出，而申诉则是向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上一级机关提出。

(2) 公务员对申诉控告的程序和步骤可以进行选择，即公务员可以先提出复核，复核不服再申诉，也可以不经复核，直接提出申诉。

(3) 复核与申诉的期限分别是：先复核后申诉的，为知道该处理决定之日起 30 日内复核，复核不服的在接到复核决定之日起 15 日内申诉；直接申诉的，自知道该人事处理决定之日起 30 日内直接提出申诉。

真题演练

1. (2008-2-39)① 关于行政机关公务员处分的说法，下列哪一选项是正确的？

① D。行政行为因违法被法院撤销，并不一定要对行政机关的负责人进行处分，因为行政违法的原因可能是多种多样的，因此 A 选项不正确；根据《公务员处分条例》第 13 条的规定，公务员主动交待违法违纪行为的，应从轻处分，而非减轻处分，只有行政机关公务员主动交待违法违纪行为，并主动采取措施有效避免或者挽回损失的，才应当减轻处分，因此 B 选项不正确；根据《公务员处分条例》第 38 条规定，行政机关公务员违法违纪，已经被立案调查，不宜继续履行职责的，任免机关可以决定暂停其履行职务。调查的公务员在违法违纪案件立案调查期间，不得交流、出境、辞去公职或者办理退休手续。



A. 行政诉讼的生效判决撤销某行政机关所作的决定，即应给予该机关的负责人张某行政处分

B. 工商局干部李某主动交代自己的违法行为，即应减轻处分

C. 某环保局科长王某因涉嫌违纪被立案调查，即应暂停其履行职务

D. 财政局干部田某因涉嫌违纪被立案调查，即不应允许其挂职锻炼

2. (2008-2-98)^① 某行政机关负责人孙某因同时违反财经纪律和玩忽职守被分别给予撤职和记过处分。下列说法正确的是：

A. 应只对孙某执行撤职处分

B. 应同时降低孙某的级别

C. 对孙某的处分期为 36 个月

D. 解除对孙某的处分后，即应恢复其原职务

3. (2009-2-82)^② 下列哪些选项属于对公务员的处分？

A. 降级

B. 免职

C. 撤职

D. 责令辞职

4. (2007-2-85)^③ 下列哪些情形违反《公务员法》有关回避的规定？

A. 张某担任家乡所在县的县长

B. 刘某是工商局局长，其侄担任工商局人事处科员

C. 王某是税务局工作人员，参加调查一企业涉嫌偷漏税款案，其妻之弟任该企业的总经理助理

D. 李某是公安局局长，其妻在公安局所属派出所担任户籍警察

5. (2009-2-42)^④ 下列哪一做法不属于公务员交流制度？

A. 沈某系某高校副校长，调入国务院某部任副司长

B. 刘某系某高校行政人员，被聘为某区法院书记员

C. 吴某系某国有企业经理，调入市国有资产管理委员会任处长

D. 郑某系某部人事司副处长，到某市挂职担任市委组织部副部长

6. (2005-2-90)^⑤ 下列哪些做法不符合有关公务员管理的法律法规规定？

A. 县公安局法制科科员李某因 2002 年和 2004 年年度考核不称职而被辞退

B. 小王 2004 年 7 月通过公务员考试进入市法制办工作，因表现突出于 2005 年 1 月转正

C. 办事员张某辞职离开县政府，单位要求他在离职前办理公务交接手续

D. 县财政局办事人员田某对单位的开除决定不服向县人事局申诉，在申诉期间财政局应当保留田某的工作

① AB。根据《公务员处分条例》第 10 条的规定，行政机关公务员同时有两种以上需要给予处分的行为的，应当分别确定其处分。应当给予的处分种类不同的，执行其中最重的处分，A 选项正确；同时《公务员法》规定，受撤职处分的，应同时降低该公务员的级别，因此 B 选项正确；而撤职处分的处分期为 24 个月，且解除撤职处分并不视为恢复原职务与原级别，因此 CD 选项错误。

② AC。公务员的处分包括警告、记过、记大过、降级、撤职与开除，而免职与责令辞职并非处分，因此正确答案为 AC。

③ ABC。A 选项违反第 69 条的地域回避，B 选项违反第 68 条的血缘回避，而 C 选项则违反第 70 条的职务回避，只有 D 选项并未违反回避制度。

④ B。A、C 属于交流制度中的调任；D 项属于挂职锻炼；B 项不属于交流制度，故选 B。

⑤ ABD。公务员年度考核连续两年不称职的予以辞退，李某并非连续两年，因此选项 A 错误；公务员的试用期一律为一年，不会因表现突出而缩短，因此选项 B 错误；公务员在申诉控告期间，不停止人事处理决定的执行，因此选项 D 错误。

第三讲 《行政处罚法》

【本讲概要】 行政处罚的种类与设定；行政处罚的程序；治安管理处罚。

考点一 行政处罚的总则

重点法条

1. 行政处罚的“无效”与“不成立”

《行政处罚法》

第三条 公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。

没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。

第四十一条 行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据，或者拒绝听取当事人的陈述、申辩，行政处罚决定不能成立；当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。

2. 行政处罚与民事责任、刑事责任的关系

第七条 公民、法人或其他组织因违法受到行政处罚，其违法行为对他人造成损害的，应当依法承担民事责任。

违法行为构成犯罪的，应当依法追究刑事责任，不得以行政处罚代替刑事处罚。

第二十八条 违法行为构成犯罪的，人民法院判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期。

违法行为构成犯罪，人民法院判处罚金时，行政机关已经给予当事人罚款的，应当折抵相应罚金。

3. 行政处罚的实施

第十六条 国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。

第十八条 行政机关依照法律、法规或规章的规定，可以在其法定职权范围内委托符合本法第十九条规定条件的组织实施行政处罚。行政机关不得委托其他组织或者个人实施行政处罚。

委托行政机关对受委托的组织实施行政处罚的行为应当负责监督，并对该行为的后果承担法律责任。

受委托组织在委托范围内，以委托行政机关名义实施行政处罚；不得再委托其他任何组织或者个人实施行政处罚。



第十九条 受委托组织必须符合以下条件：

- (一) 依法成立的管理公共事务的事业组织；
- (二) 具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员；
- (三) 对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的，应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。

4. 行政处罚的管辖与适用

第二十条 行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。

法律、行政法规另有规定的除外。

第二十四条 对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚。

第二十五条 不满十四周岁的人有违法行为的，不予行政处罚，责令监护人加以管教；已满十四周岁不满十八周岁的人有违法行为的，从轻或者减轻行政处罚。

第二十六条 精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为时有违法行为的，不予行政处罚，但应当责令其监护人严加看管和治疗。间歇性精神病人在精神正常时有违法行为的，应当给予行政处罚。

第二十七条 当事人有下列情形之一的，应当依法从轻或者减轻行政处罚：

- (一) 主动消除或者减轻违法行为危害后果的；
- (二) 受他人胁迫有违法行为的；
- (三) 配合行政机关查处违法行为有立功表现的；
- (四) 其他依法从轻或者减轻行政处罚的。

违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。

第二十九条 违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。

前款规定的期限，从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。

考点解析

1. 行政处罚的“无效”与“不成立”

(1) 如前文所示，具体行政行为的无效与不成立在学界尚未有统一认识。《行政处罚法》在立法上区分“处罚无效”与“处罚不成立”，但用语的选择具有随意性，与学理之间并没有太多关联，因此考生在复习时，对这一部分只要以法律规定为准，做到准确识记即可，不用再套用学理进行分析。

(2) 《行政处罚法》第49条规定，行政机关及其执法人员当场收缴罚款的，必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据；不出据财政部门统一制发的罚款收据的，当事人有权拒绝缴纳罚款。此处行政处罚法并未明确，行政机关不出具罚款收据的应属处罚无效，还是处罚不成立，抑或处罚违法，根据2002年的真题，此处既可以理解为“无效”，也可以理解为“违法”，考生只要记住在此种情形下相对人可以直接拒绝缴纳罚款即可。

2. 行政处罚与民事责任、刑事责任的关系

行政处罚与民事责任、刑事责任之间的关系可概括为如下两条：



(1) 行政处罚不能替代民事责任与刑事责任；

(2) 行政处罚可以折抵刑罚，但折抵仅限于两种类型，行政拘留折抵拘役与有期徒刑，罚款折抵罚金。

3. 行政处罚的实施

(1) 行政处罚的实施主体

① 行政机关。行政处罚由具有行政处罚权的行政机关在法定职权范围内实施。

② 法律、法规授权组织。法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。

③ 行政机关委托的组织。

(2) 实施主体需注意的问题

① 行政处罚的实施主体部分的考核常常与行政诉讼被告、行政复议的被申请人、行政赔偿的赔偿义务机关紧密相连，对这一部分的复习需结合行政主体理论。

② 行政机关委托其他组织实施行政处罚，需注意以下问题：其一，受托组织必须以委托者的名义实施行政处罚；其二，受托组织必须是具有管理公共事务职能的事业单位，行政机关不得将处罚权委托给个人；其三，受托组织所为的行为由委托机关承担法律责任；其四，受托组织不得将处罚权再委托。

③ 行政处罚的委托部分注意与行政许可的委托相区别。

(3) 处罚权限的转移

本条涉及的是处罚权限的转移。这一条事实上涉及综合执法问题，即某个行政机关集中行使多个行政机关的处罚权。但这种处罚权的集中只能由国务院或者经国务院授权的省级人民政府决定；同时，限制人身自由的处罚只能由公安机关行使，而不能进行转移。

4. 行政处罚的管辖与适用

(1) 行政处罚的基本管辖原则。行政处罚的地域管辖不以“住所地”而以“行为地”为原则，行为地包括：违法行为的实施地、发现地和结果发生地。

(2) 一事不再罚原则。行政处罚中的一事不再罚原则，是指针对相对人的一个违法行为，不能给予两次以上的同种处罚。①所谓“一事”，就是同一违法行为；②所谓“再罚”，是指两次以上罚款的处罚，即一个处罚主体或多个处罚主体根据同一法律规定，对同一个违法行为实施数次处罚；或一个处罚主体或多个处罚主体，根据不同法律规定对一个违法行为实施同种处罚。

(3) 处罚的从轻、减轻情节。

(4) 处罚的时效。

真题演练

1. (2002-2-75)① 刘某因超载被公路管理机关执法人员李某拦截，李某口头作出罚款200元的处罚决定，并要求当场缴纳。刘某要求出具书面处罚决定和罚款收据，李某认为其要求属于强词夺理，拒绝听取其申辩。关于该处罚决定，下列哪些说法是错误的？

A. 该处罚决定不成立，刘某可以拒绝

① BD。根据题干表述，公路管理机关在执法时程序违法，因此刘某可以在缴纳罚款后申请复议或提起诉讼。同时，根据《行政处罚法》规定，行政机关在进行行政处罚时，未出具省级财政部门统一制发的收据的，相对人可以拒绝缴纳罚款，因此本题的正确答案是BD。



- B. 该处罚决定违法，刘某缴纳罚款后可以申请复议或提起诉讼
- C. 该处罚决定不成立，刘某缴纳罚款后可以申请复议或提起诉讼
- D. 该处罚决定无效，刘某可以拒绝
2. (2001-2-78)^① 下列选项中哪些情形导致行政处罚无效？
- A. 行政机关作出处罚决定前，未依法向当事人告知应予处罚的事实、理由和依据
- B. 行政机关拒绝听取当事人的陈述、申辩
- C. 行政处罚无法定依据
- D. 行政处罚不遵守法定程序
3. (2004-2-98)^② 关于行政处罚和刑罚的折抵，下列说法正确的是：
- A. 行政拘留可以折抵拘役
- B. 行政拘留可以折抵有期徒刑
- C. 没收违法所得可以折抵没收财产
- D. 罚款可以折抵罚金
4. (2000-1-58)^③ 申某家住甲地，在乙地制作盗版光盘经过丙地运输到丁地进行销售，对申某的违法行为要进行处罚，谁有管辖权？
- A. 甲地依法享有处罚权的行政机关 B. 乙地依法享有处罚权的行政机关
- C. 丙地依法享有处罚权的行政机关 D. 丁地依法享有处罚权的行政机关
5. (2007-2-86)^④ 运输公司指派本单位司机运送白灰膏。由于泄漏，造成沿途路面大面积严重污染。司机发现后即向公司汇报。该公司即组织人员清扫被污染路面。下列哪些选项是正确的？
- A. 路面被污染的沿途三个区的执法机关对本案均享有管辖权，如发生管辖权争议，由三个区的共同上级机关指定管辖
- B. 对该运输公司应当依法从轻或者减轻行政处罚
- C. 本案的违法行为人是该运输公司
- D. 本案的违法行为人是该运输公司和司机
6. (2004-2-44)^⑤ 1997年5月，万达公司凭借一份虚假验资报告在某省工商局办理了增资的变更登记，此后连续四年通过了工商局的年检。2001年7月，工商局以办理变更登记时提供虚假验资报告为由对万达公司作出罚款1万元，责令提交真实验资报告的行政处罚决定。2002年4月，工商局又作出撤销公司变更登记，恢复到变更前状态的决定。2004年6月，工商局又就同一问题作出吊销营业执照的行政处罚决定。关于工商局的行

① CD。处罚没有法定依据或者违反法定程序，处罚无效，因此C、D正确，而A、B都属于处罚不成立。

② ABD。根据《行政处罚法》第28条的规定，行政处罚与刑罚的折抵仅限于行政拘留折抵拘役和有期徒刑，罚款折抵罚金，因此C选项错误。

③ BCD。本题中因乙地、丙地、丁地都是违法行为发生地，因此都有管辖权。唯有甲地只是申某居住地，没有管辖权。

④ AC。违法行为发生地的行政机关对违法行为拥有管辖权，因此A选项正确。违法行为人情节轻微，及时纠正没有造成危害后果的，不予处罚，因此B选项不正确。本案的违法行为人应是运输公司，因此C选项正确，D选项不正确。

⑤ A。本题中万达公司提交虚假验资报告的行为是1997年5月，而工商局对其作出处罚是在2001年7月，已经超过了《行政处罚法》规定的两年的追诉时效，因此A选项正确；而2002年4月工商局“撤销公司变更登记，恢复到变更前状态”并不是一次行政处罚，所以B、C选项错误；万达公司的违法行为早在1997年5月就已经进行完毕，并不处于持续状态，处于持续状态的仅是其违法后果，因此D选项也不正确。



为，下列说法正确的是：

- A. 2001 年 7 月工商局的处罚决定违反了行政处罚法关于时效的规定
- B. 2002 年 4 月工商局的处罚决定违反了一事不再罚原则
- C. 2004 年 6 月工商局的处罚决定是对前两次处罚决定的补充和修改，属于合法的行政行为
- D. 对于万达公司拒绝纠正自己违法行为的情形，工商局可以违法行为处于持续状态为由作出处罚

7. (2009-2-85)① 甲公司将承建的建筑工程承包给无特种作业操作资格证书的邓某，邓某在操作时引发事故。某省建设厅作出暂扣甲公司安全生产许可证三个月的决定，市安全监督管理局对甲公司罚款三万元。甲公司对市安全监督管理局罚款不服，向法院起诉。下列哪些选项是正确的？

- A. 如甲公司对某省建设厅的决定也不服，向同一法院起诉的，法院可以决定合并审理
- B. 市安全监督管理局不能适用简易程序作出罚款三万元的决定
- C. 某省建设厅作出暂扣安全生产许可证决定前，应为甲公司组织听证
- D. 因市安全监督管理局的罚款决定违反一事不再罚要求，法院应判决撤销

考点二

行政处罚的种类与设定

重点法条

第八条 行政处罚的种类：

- (一) 警告；
- (二) 罚款；
- (三) 没收违法所得、没收非法财物；
- (四) 责令停产停业；
- (五) 暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；
- (六) 行政拘留；
- (七) 法律、行政法规规定的其他行政处罚。

第九条 法律可以设定各种行政处罚。限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。

第十条 行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。

法律对违法行为已经作出行政处罚规定，行政法规需要作出具体规定的，必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。

第十一条 地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。

法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。

① AB。本案中，省建设厅与市安全监督管理局依据不同的法律规范，针对甲公司作出了不同的处理决定，因此并不属于违反一事不再罚原则，选项 D 错误；吊销许可证，行权机关可以组织听证，因此选项 C 错误。



第十二条 国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。

尚未制定法律、行政法规的，前款规定的国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数额罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定。

国务院可以授权具有行政处罚权的直属机构依照本条第一款、第二款的规定，规定行政处罚。

第十三条 省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。

尚未制定法律、法规的，前款规定的人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。

法学理论

行政处罚的设定是历年考试的热点。《行政处罚法》第3条规定，没有法定依据的，行政处罚无效。而明确不同位阶的法律规范的不同设定权，正是《行政处罚法》用以限制行政机关滥设、滥施行政处罚的重要方式。

行政处罚的设定权可以分为创设权和规定权两类，所谓创设权，是指在没有上位法规定的情况下，自行规定处罚的权力，即新创行政处罚，“上无而下设”；规定权则是指在上位法已对处罚有所规定的前提下，在其规定范围内进一步作出具体规定的权力，即“上有而细化”。

创设权依照法律规范的位阶而逐级递减，规定权下位法受制于上位法。为了更好地记忆，本书对不同法律规范的创设权和规定权进行了如下归纳，详见下表。

法律规范	创设权	规定权
法律	设定各种行政处罚（限制人身自由的处罚只能由法律设定）	
行政法规	除限制人身自由以外的行政处罚	对法律进行细化（行为、种类、幅度）
地方性法规	除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚	对法律、行政法规进行细化（行为、种类、幅度）
规章（部门规章与地方政府规章）	警告与一定数量的罚款（罚款限额分别由国务院与省级人大常委会决定）	对法律、行政法规、地方性法规进行细化（行为、种类、幅度）
其他规范性文件	无	无

考点解析

1. 人身处罚的设定只能由法律（狭义法律）作出；地方性法规不得设定吊销企业营业执照的处罚，但此处需要注意的是，吊销企业营业执照与吊销个体工商户营业执照不同，后者地方性法规可以创设。

2. 所谓对行政处罚的规定，指在行政处罚的处罚所针对的行为、处罚种类和处罚幅度范围内的具体细化，任一违反均不可。

3. 行政处罚法对行政法规与地方性法规的处罚创设权均采用排除式的规定，而对于规章则采取列举式的规定，目的就在于限制规章在创设行政处罚方面的权限，规章只能设



定警告或者一定数额的罚款，罚款限额还要由国务院或者省级人大常委会决定。

4. 规章以下的规范性文件既没有创设权，也没有规定权，完全不能“染指”行政处罚。

5. 对处罚的设定问题应同时牢记每种法律规范的制定机关。

真题演练

1. (2003-2-70)①我国《种子法》规定，违法经营、推广应当审定而未经审定通过的种子的，可以处以1万元以上5万元以下的罚款。某省政府在其制定的《某省种子法实施办法》中规定，违法经营、推广应当审定而未经审定通过的种子的，可以处以3万元以上5万元以下的罚款。下列说法正确的是：

- A. 《实施办法》超越了《种子法》的规定，无效
- B. 《实施办法》没有超越《种子法》的规定，有效
- C. 国务院如果认为《实施办法》超越了《种子法》的规定，有权予以撤销
- D. 受处罚人不服处罚申请行政复议的同时，可以对《实施办法》一并请求审查

2. (2009-4-6)② **案情：**高某系A省甲县个体工商户，其持有的工商营业执照载明经营范围是林产品加工，经营方式是加工收购、销售。高某向甲县工商局缴纳了松香运销管理费后，将自己加工的松香运往A省乙县出售。当高某进入乙县时，被乙县林业局执法人员拦截。乙县林业局以高某未办理运输证为由，依据A省地方性法规《林业行政处罚条例》以及授权省林业厅制定的《林产品目录》（该目录规定松香为林产品，应当办理运输证）的规定，将高某无证运输的松香认定为“非法财物”，予以没收。高某提起行政诉讼要求撤销没收决定，法院予以受理。

有关规定：《森林法》及行政法规《森林法实施条例》涉及运输证的规定如下：除国家统一调拨的木材外，从林区运出木材，必须持有运输证，否则由林业部门给予没收、罚款等处罚。A省地方性法规《林业行政处罚条例》规定，对规定林产品无运输证的，予以没收。

问题：依《行政处罚法》，法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，应当符合什么要求？本案《林业行政处罚条例》关于没收的规定是否符合该要求？

考点三 行政处罚的程序

重点法条

第三十三条 违法事实确凿并有法定依据，对公民处以五十元以下、对法人或者其他组织处以一千元以下罚款或者警告的行政处罚的，可以当场作出行政处罚决定。当事人因

① AC。《实施办法》虽然没有超过《种子法》规定的处罚上限，但却提高了处罚下限，因此同样属于在对处罚进行具体规定时违反了幅度范围，因此A选项正确，而B选项错误。国务院有权撤销省政府出台的规章，因此选项C正确。根据《行政复议法》的规定，相对人只能对除行政法规、规章以外的其他规范性文件提出复议审查申请，因此选项D错误。

② 按照《行政处罚法》的规定，法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。本案《林业行政处罚条例》关于没收的规定超出了《森林法》及《森林法实施条例》规定的行政处罚行为、种类和幅度的范围，不符合有关要求。



当依照本法第四十六条、第四十七条、第四十八条的规定履行行政处罚决定。

第三十七条 行政机关在调查或者进行检查时，执法人员不得少于两人，并应当向当事人或者有关人员出示证件。当事人或者有关人员应当如实回答询问，并协助调查或者检查，不得阻挠。询问或者检查应当制作笔录。

行政机关在收集证据时，可以采取抽样取证的方法；在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，经行政机关负责人批准，可以先行登记保存，并应当在七日内及时作出处理决定，在此期间，当事人或者有关人员不得销毁或者转移证据。

执法人员与当事人有直接利害关系的，应当回避。

第三十八条 调查终结，行政机关负责人应当对调查结果进行审查，根据不同情况，分别作出如下决定：

（一）确有应受行政处罚的违法行为的，根据情节轻重及具体情况，作出行政处罚决定；

（二）违法行为轻微，依法可以不予行政处罚的，不予行政处罚；

（三）违法事实不能成立的，不得给予行政处罚；

（四）违法行为已构成犯罪的，移送司法机关。

对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚，行政机关的负责人应当集体讨论决定。

第四十条 行政处罚决定书应当在宣告后当场交付当事人；当事人不在场的，行政机关应当在七日内依照民事诉讼法的有关规定，将行政处罚决定书送达当事人。

第四十二条 行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。听证依照以下程序组织：

（一）当事人要求听证的，应当在行政机关告知之后三日内提出；

（二）行政机关应当在听证的七日前，通知当事人举行听证的时间、地点；

（三）除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，听证公开举行；

（四）听证由行政机关制定的非本案调查人员主持；当事人认为主持人与本案有直接利害关系的，有权申请回避；

（五）当事人可以亲自参加听证，也可以委托一至二人代理；

（六）举行听证时，调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议；当事人进行申辩和质证；

（七）听证应当制作笔录；笔录应当交当事人审查无误后签字或者盖章。

当事人对限制人身自由的行政处罚有异议的，依照治安管理处罚条例的有关规定执行。

法学理论

1. 一般程序

根据行政处罚法，行政处罚的程序可分为两类：一般程序与简易程序。一般程序是行政处罚普遍适用的程序，它包含两个环节：“调查取证”与“作出处罚决定”。针对这两个环节，《行政处罚法》也作出了规定。



2. 简易程序

(1) 简易程序是当场作出处罚决定的程序,即将上文中所说的一般程序中的“调查取证”和“作出处罚决定”两个阶段合二为一,行政机关当场发现违法事实,当场作出处罚决定。

(2) 适用条件:对公民处以 50 元以下、对法人或其他组织 1 000 元以下罚款或警告。

3. 听证程序

(1) 听证程序并非独立的处罚程序,而是一般处罚程序中的调查取证环节。即某些案件特别重大复杂,行政机关除使用常规的调查取证手段外,还通过听证的方式进行调查取证。

(2) 适用范围与条件:①责令停产停业、吊销许可证或执照、较大数额的罚款;②当事人自己提出听证要求。

(3) 特点:①当事人不承担听证费用;②主持人为非本案调查人员;③原则上公开进行,但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的例外;④可以委托代理人;⑤听证应制作笔录。

考点解析

1. 一般程序

(1) 在一般程序的调查取证过程中,行政机关的工作人员不得少于两人;但作出行政处罚决定的一般情形下是行政机关负责人一人,只有在情节复杂或违法行为重大、处罚较重时,才由集体讨论决定。

(2) 如果行政机关在审查过程中认为相对人的违法行为已经构成了犯罪,应当停止行政处罚程序,而将案件移送司法机关,这也是行政程序与司法程序的衔接。

(3) 行政处罚决定书应当在宣告后当场送达当事人,只有当事人不在场时,才按照民事诉讼法的规定送达。

2. 简易程序

简易程序的特点仅在于当场作出处罚决定,绝对不意味着当场执行处罚,尤其是当场收缴罚款。与一般程序相比,简易程序的调查人员可以少于两人,处罚决定也是由行政机关的工作人员当场作出的,除此之外,简易程序的具体规范与一般程序没有任何差别:行政机关的执法人员同样应当表明身份、填写书面处罚决定书(处罚决定书中应有执法人员的签名或盖章)、接受当事人陈辩或申诉、将处罚决定书当场交付当事人、罚缴分离。尤其值得注意的是:简易程序的决定同样也是书面的,绝不能是口头的。

3. 听证程序

(1) 尽管行政拘留是行政处罚中较重的一种处罚方式,但无论是《行政处罚法》还是《治安管理处罚法》都没有规定行政拘留可以申请听证。

(2) 《行政处罚法》制定于 1996 年,初次在我国行政执法领域引入了听证制度,但由于时间较早,因此跟 2004 年制定的《行政许可法》中规定的听证有很多差异,具体而言包括:①行政处罚听证的启动,只能根据当事人的申请进行,行政机关不能依职权主动启动听证程序;②行政处罚法尽管规定听证应制作听证笔录,但并没有规定处罚决定必须依据听证笔录,因此即便行政机关在听证笔录之外引入了其他证据对当事人作出最后的处罚决定,该决定同样不是违法的;③行政处罚法尽管规定了当事人申请听证的时限,以及行政机关告知相对人举行听证的时限,但并没有规定行政机关组织听证的时限。

真题演练

1. (2005-2-82)^① 根据《行政处罚法》的规定,下列哪些说法是正确的?
- A. 违法行为轻微,及时纠正没有造成危害后果的,应当依法减轻对当事人的行政处罚
- B. 行政机关使用非法定部门制发的罚款单据实施行政处罚,当事人有权拒绝处罚
- C. 对情节复杂的违法行为给予较重的行政处罚,应由行政机关的负责人集体讨论决定
- D. 除当场处罚外,行政处罚决定书应按照民事诉讼法的有关规定在7日内送达当事人
2. (2008-2-89)^② 某市卫生局经调查取证,认定某公司实施了未经许可擅自采集血液的行为,依据有关法律和相关规定,决定取缔该公司非法采集血液的行为,同时没收5只液氮生物容器。下列哪些说法是正确的?
- A. 市卫生局在调查时,执法人员不得少于两人,并应当向当事人出示证件
- B. 若市卫生局当场作出决定,某公司不服申请复议的期限应自决定作出之日起计算
- C. 若某公司起诉,市卫生局向法院提供的现场笔录的效力,优于某公司的证人对现场的描述
- D. 没收5只液氮生物容器属于保全措施
3. (1999-1-64)^③ 我国执法人员可依行政处罚简易程序进行执法活动,下列选项哪些体现了该程序的特点?
- A. 可以口头作出处罚决定
- B. 可以当场作出处罚决定
- C. 可以不表明身份
- D. 可以少于两人

考点四 行政处罚的执行

重点法条

第四十六条 作出罚款决定的行政机关应当与收缴罚款的机构分离。

除依照本法第四十七条、第四十八条的规定当场收缴的罚款外,作出行政处罚决定的行政机关及其执法人员不得自行收缴罚款。

当事人应当自收到行政处罚决定书之日起十五日内,到指定的银行缴纳罚款。银行应当收受罚款,并将罚款直接上缴国库。

① BC。违法行为轻微,及时纠正没有造成危害后果的,应当不予处罚,因此A选项错误;行政机关使用非法定部门制发的罚款单据实施处罚的,当事人有权拒绝缴纳罚款,而不是拒绝处罚,因此B选项错误;行政处罚决定书都应当在宣告后当场交付当事人,当事人不在场的,行政机关应当在7日内按照民事诉讼法的规定,将处罚决定书送达当事人,因此D选项错误;而行政处罚决定一般由行政机关负责人作出,对情节复杂的违法行为给予较重的行政处罚,应由行政机关的负责人集体讨论决定,因此选项C正确。

② ABC。行政机关在进行调查取证时执法人员不得少于两人,因此A正确;相对人申请复议或提起诉讼的期限都是自决定作出之日起,因此B正确,而根据《证据规定》规定,现场笔录的效力优于其他书证、视听资料和证人证言,因此C正确,而没收液氮生物容器属于没收非法财物,并非保全措施,因此D错误。

③ BD。如上文所述,简易程序并不能口头作出处罚决定,也不能不履行行政处罚的一般程序规则,因此AC选项错误。





第四十七条 依照本法第三十三条的规定当场作出行政处罚决定，有下列情形之一的，执法人员可以当场收缴罚款：

- (一) 依法给予二十元以下的罚款的；
- (二) 不当场收缴事后难以执行的。

第四十八条 在边远、水上、交通不便地区，行政机关及其执法人员依照本法第三十三条、第三十八条的规定作出罚款决定后，当事人向指定的银行缴纳罚款确有困难，经当事人提出，行政机关及其执法人员可以当场收缴罚款。

第五十条 执法人员当场收缴的罚款，应当自收缴罚款之日起二日内，交至行政机关；在水上当场收缴的罚款，应当自抵岸之日起二日内交至行政机关；行政机关应当在二日内将罚款缴付指定的银行。

第五十一条 当事人逾期不履行行政处罚决定的，作出行政处罚决定的行政机关可以采取下列措施：

- (一) 到期不缴纳罚款的，每日按罚款数额的百分之三加处罚款；
- (二) 根据法律规定，将查封、扣押的财物拍卖或者将冻结的存款划拨抵缴罚款；
- (三) 申请人民法院强制执行。

考点解析

1. 处罚执行原则。处罚执行原则是罚缴分离原则，该原则是用于控制行政机关滥收罚款的另一重要手段。

2. 罚缴分离原则的例外——当场收缴罚款。当场收缴罚款与简易程序的含义不同，前者是当场执行罚款的处罚，而后者只是当场作出处罚决定，并非所有当场作出处罚决定的都可以当场收缴罚款，考生在复习时必须严格区分两者的适用条件。

罚缴分离原则的例外——当场收缴罚款的适用条件是：①20元以下罚款，且不当场收缴事后难以执行；②边远、水上、交通不便地区，当事人自己提出。

3. 当场收缴后的处理。

4. 逾期不执行行政处罚的处理措施：

(1) 3%的加处罚款属于执行罚，其性质是行政强制措施的一种，而不是处罚的加重，或者行政处罚。

(2) “拍卖”或者“划拨”都是直接强制措施，必须有法律明确授权规定，否则行政机关不得自行采取以上措施。

(3) 除3%的执行罚以及行政机关有法律明确授权外，行政机关采取其他的强制措施均应申请人民法院强制执行。

真题演练

1. (2004-2-50)^① 王某擅自使用机动渔船渡客。渔船行使过程中，被某港航监督站的执法人员发现，当场对王某作出罚款50元的行政处罚，并立即收缴了该罚款。关于缴纳罚款，下列选项正确的是：

^① C。如上文所述，执法人员当场收缴的罚款，应当自收缴罚款之日起2日内，交至行政机关；在水上当场收缴的罚款，应当自抵岸之日起2日内交至行政机关；行政机关应当在2日内将罚款缴付指定的银行，因此正确答案是C。



- A. 执法人员应当自抵岸之日起 2 日内将罚款交至指定银行
- B. 执法人员应当自抵岸之日起 5 日内将罚款交至指定银行
- C. 执法人员应当自抵岸之日起 2 日内将罚款交至所在行政机关，由行政机关在 2 日内缴付指定银行

D. 执法人员应当自抵岸之日起 2 日内将罚款交至所在行政机关，由行政机关在 5 日内缴付指定银行

2. (2004-2-78) ①某市技术监督局根据举报，对力青公司进行突击检查，发现该公司正在生产伪劣产品，立即查封了厂房和设备，事后作出了没收全部伪劣产品并处罚款的决定。力青公司既不申请行政复议，也不提起行政诉讼，且逾期拒绝履行处罚决定。对于力青公司拒绝履行处罚决定的行为，技术监督局可以采取下列哪些措施？

- A. 申请人民法院强制执行
- B. 将查封的财物拍卖抵缴罚款
- C. 通知银行将力青公司的存款划拨抵缴罚款
- D. 每日按罚款数额的 3% 加处罚款

考点五 治安管理处罚法

《治安管理处罚法》是 2005 年颁布、2006 年开始实施的一部新法。按照“新法必考”的规律，《治安管理处罚法》也是司考的必考点。考题的方向基本上分为两类：

(1) 与原《治安管理处罚条例》的区别之处，《治安管理处罚法》替代了原来的《治安管理处罚条例》，对原有的《治安管理处罚条例》进行了重大的补充和修改，这些不同之处都是出题人偏好考察考生的地方；

(2) 与《行政处罚法》的不同之处，《治安管理处罚法》与《行政处罚法》是特别法与一般法的关系，按照法律适用的一般规则，特别法与一般法规定不一致时，适用特别法的规定，因此，凡与《行政处罚法》规定不一致的地方，也成为《治安管理处罚法》的重点。鉴于此，对《治安管理处罚法》的学习，我们主要侧重于这两个要点。

重点法条

《治安管理处罚法》

1. 处罚种类

第十条 治安管理处罚的种类分为：

- (一) 警告；
- (二) 罚款；
- (三) 行政拘留；
- (四) 吊销公安机关发放的许可证。

对违反治安管理的外国人，可以附加适用限期出境或者驱逐出境。

① AD。技术监督局并不拥有法律法规直接授予的强制执行权，因此只能申请人民法院强制执行或者加处罚款，而不能将查封的财物拍卖，或者直接将存款划拨，因此 B、C 选项错误。



2. 处罚时效

第二十二条 违反治安管理行为在六个月内没有被公安机关发现的，不再处罚。

前款规定的期限，从违反治安管理行为发生之日起计算；违反治安管理行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。

3. 简易程序的适用条件

第一百条 违反治安管理行为事实清楚、证据确凿，处警告或者两百元以下罚款的，可以当场作出治安管理处罚决定。

4. 听证程序

第九十八条 公安机关作出吊销许可证以及处二千元以上罚款的治安管理处罚决定前，应当告知违反治安管理行为人有权要求举行听证，违反治安管理行为人要求听证的，公安机关应当及时依法举行听证。

5. 当场收缴罚款

第一百零四条 受到罚款处罚的人应当自收到处罚决定书之日起十五日内，到指定的银行缴纳罚款，但是，有下列情形之一的，人民警察可以当场收缴罚款：

（一）被处五十元以下罚款，被处罚人对罚款无异议的；

（二）在边远、水上、交通不便地区，公安机关及其人民警察依照本法的规定作出罚款决定后，被处罚人向指定的银行缴纳罚款确有困难的，经被处罚人提出的；

（三）被处罚人在当地没有固定住所，不当场收缴事后难以执行的。

第一百零五条 人民警察当场收缴的罚款，应当自收缴罚款之日起二日内，交至所属的公安机关；在水上、旅客列车上当场收缴的罚款，应当自抵岸或者到站后之日起二日内，交至所属的公安机关；公安机关应当自收到罚款之日起二日内将罚款缴付指定的银行。

第一百零六条 人民警察当场收缴罚款的，应当向被处罚人出具省、自治区、直辖市人民政府财政部门统一制发的罚款收据；不出具统一制发的罚款收据的，被处罚人有权拒绝缴纳罚款。

考点解析

《治安管理处罚法》与《行政处罚法》的区别解析。

1. 处罚种类不同

（1）公安机关吊销的许可证仅限于其发放的许可证，即公安机关核发的例外允许行政相对人从事法律一般禁止行为的书面许可文书。

（2）行政拘留的处罚只有公安机关才能作出。根据《治安管理处罚法》的规定，治安拘留的幅度为：5日以下、5日以上10日以下、10日以上15日以下三种，数行为并罚合并执行的，最长不超过20日。

（3）限期出境或者驱逐出境是公安机关专门适用于违反治安管理的外国人的附加处罚，此处的“外国人”包括具有外国国籍的人和无国籍的人。

2. 处罚时效不同（2年 VS 6个月）

（1）与刑法的理解相同，处罚时效适用于“没有发现违反治安管理的行为”，而不是“行为人”。如果违反治安管理行为已经被发现，但是行为人还没有被查获，或者行为人逃避处罚的，就不受本条规定的追究时效的限制。



(2) 时效的计算从违反治安管理行为发生之日起计算;违反治安管理行为有连续或是继续状态的,从行为终了之日起计算。

3. 简易程序的适用条件不同 (“对公民警告与 50 元以下罚款,对法人警告与 1000 元以下罚款” VS “警告与 200 元以下罚款”)

与《行政处罚法》一样,《治安管理处罚法》中也规定了简易程序,即公安机关执法人员当场发现违法事实,当场作出处罚决定的程序。治安管理处罚中的简易程序在其他方面均与一般行政处罚相同,唯一不同的就是适用条件。相对于一般行政处罚,治安管理处罚提高了适用数额,为“警告与 200 元以下罚款”,但这里值得注意的是,《治安管理处罚法》中规定的简易程序的适用条件并没有区分被处罚人是公民还是法人,一律为 200 元以下罚款。

治安管理中的简易程序除适用条件与一般处罚不同外,《治安管理处罚法》还特别规定:有被侵害人的,将决定书副本抄送被侵害人。当场作出治安管理处罚决定的,经办的人民警察应当在 24 小时内报所属公安机关备案。

4. 听证程序 (“责令停产停业、吊销许可证与执照、较大数额的罚款” VS “吊销许可证与 2000 元以上罚款”)

治安管理处罚中的听证适用条件与一般处罚不同,一般处罚程序仅规定较大数额的罚款可举行听证,治安管理处罚法将数额作了具体限定,为 2000 元以上。另外,无论是《行政处罚法》还是《治安管理处罚法》都没有规定行政拘留可以申请听证。

5. 当场收缴罚款 (“20 元以下罚款” VS “50 元以下罚款或被处罚人无固定住所,不当场收缴事后难以执行”)

《治安管理处罚法》除抬高了当场收缴罚款的数额外,还增加了“被处罚人无固定住所,不当场收缴事后难以执行”时可以当场收缴罚款的规定。例如,对那些“反复纠缠、强行讨要”的职业乞丐因其无固定住所,就可以当场收缴罚款。

真题演练

(2008-2-49)^① 某区公安局派出所突击检查孔某经营的娱乐城,孔某向正在赌博的人员通风报信,派出所突击检查一无所获。派出所工作人员将孔某带回调查,孔某因受到逼供而说出实情。派出所据此决定对孔某拘留 10 日,孔某不服提起诉讼。下列哪一选项是正确的?

- A. 在作出拘留决定前,孔某有权要求举行听证
- B. 对孔某的拘留决定违法
- C. 某区公安分局派出所是本案被告
- D. 因孔某起诉,公安机关应暂缓执行拘留决定

^① B。对于行政拘留决定,当事人无权要求听证,因此 A 选项错误;公安机关在行政处罚的过程中进行刑讯逼供,属于程序违法,因此 B 选项正确;《治安管理处罚法》对派出所的授权是“警告与 500 元以下的罚款”,因此,派出所无权以自己的名义进行行政拘留,此法律后果也不能由派出所承担,因此 C 选项错误;相对人起诉后,公安机关并非一定要采取暂缓执行拘留的措施,具体内容参照下文,因此 D 选项错误。

考点六

《治安管理处罚法》与原《治安管理处罚条例》的区别

重点法条

《治安管理处罚法》

1. 处罚的具体适用

(1) 从轻、减轻和不予处罚

第十二条 已满十四周岁不满十八周岁的人违反治安管理的，从轻或者减轻处罚；不满十四周岁的人违反治安管理的，不予处罚，但是应当责令其监护人严加管教。

第十四条 盲人或者又聋又哑的人违反治安管理的，可以从轻、减轻或者不予处罚。

第十九条 违反治安管理有下列情形之一的，减轻处罚或者不予处罚：

- (一) 情节特别轻微的；
- (二) 主动消除或者减轻违法后果，并取得被侵害人谅解的；
- (三) 处于他人胁迫或者诱骗的；
- (四) 主动投案，向公安机关如实陈述自己的违法行为；
- (五) 有立功表现的。

(2) 合并执行

第十六条 有两种以上违反治安管理行为的，分别决定，合并执行。行政拘留处罚合并执行的，最长不超过二十日。

(3) 加重处罚

第二十条 违反治安管理有下列情形之一的，从重处罚：

- (一) 有较严重后果的；
- (二) 教唆、胁迫、诱骗他人违反治安管理的；
- (三) 对报案人、控告人、举报人、证人打击报复的；
- (四) 六个月内曾受过治安管理处罚的。

(4) 不执行行政拘留处罚

第二十一条 违反治安管理行为人有下列情形之一的，依照本法应当给予行政拘留处罚的，不执行行政拘留处罚：

- (一) 已满十四周岁不满十六周岁的；
- (二) 已满十六周岁不满十八周岁，初次违反治安管理的；
- (三) 七十周岁以上的；
- (四) 怀孕或者哺乳自己不满一周岁婴儿的。

2. 公安派出所的决定权限

第九十一条 治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定；其中警告、五百元以下的罚款可以由公安派出所决定。

3. 行政拘留的暂缓执行

第一百零七条 被处罚人不服行政拘留处罚决定，申请行政复议、提起行政诉讼的，可以向公安机关提出暂缓执行行政拘留的申请。公安机关认为暂缓执行行政拘留不致发生社会危险的，由被处罚人或者其近亲属提出符合本法第一百零八条规定条件的担保人，或





者按每日行政拘留二百元标准交纳保证金，行政拘留的处罚决定暂缓执行。

第一百零八条 担保人应当符合以下条件：

- (一) 与本案无牵连；
- (二) 享有政治权利，人身自由未受到限制；
- (三) 在当地有常住户口和固定住所；
- (四) 有能力履行担保义务。

4. 行政拘留与强制措施的折抵

第九十二条 对决定给予行政拘留处罚的人，在处罚前已经采取强制措施限制人身自由的时间，应当折抵。限制人身自由一日，折抵行政拘留一日。

5. 治安管理处罚的救济

第一百零二条 被处罚人对治安管理处罚决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

考点解析

《治安管理处罚法》与原《治安管理处罚条例》的区别主要有以下几点。

1. 处罚的具体适用

(1) 从轻、减轻和不予处罚。对于从轻、减轻和不予处罚的情节，考生在复习时可参阅《刑法》的有关规定对照进行。此处需要注意的是，第14条中“盲人或者又聋又哑的人违反治安管理的”，法律规定为“可以从轻、减轻或者不予处罚”；而有第19条中所规定的情形的，则应当减轻处罚或者不予处罚。

(2) 合并执行。合并执行的部分可参阅刑法学中的数罪并罚部分进行理解。对数个行为的理解，即行为人处于数个故意或者过失，实施了数个行为，具备了数个违反治安管理行为的构成要件，则是数个行为。

(3) 加重处罚。所谓加重处罚是在法律规定的处罚种类中选择一个较重或者最重的处罚种类，也可以在法条规定的某一种处罚幅度内选择较重的处罚幅度，但不能超出法律规定的最高处罚幅度，另外，本条应当理解为，有规定情形的，“应当从重处罚”。

(4) 不执行行政拘留处罚。不执行行政拘留处罚，是指行政机关对相对人已经作出了行政拘留的处罚决定，但由于相对人具备某些法定情形，故不执行行政拘留，而并非“不予处罚”。

2. 处罚的行为样态

《治安管理处罚法》补充增加了违反治安管理的行为，但这部分并非行政法考核的重点，考生无须花时间记忆。

3. 公安派出所的决定权限

派出所是公安机关的派出机构。根据前文中有关行政主体的知识，原则上派出所并没有行政主体资格，不能以自己的名义对外行使行政职权，法律后果也应由它所属的公安机关来承担。但《治安管理处罚法》对派出所进行了授权，因此派出所就对“警告、500元以下的罚款”具有了治安管理处罚的主体资格，可依法以自己的名义作出警告、500元以下的罚款的处罚决定，处罚结果也由派出所自己承担。如果派出所进行了除警告和罚款以外的其他种类的行政处罚，就必须以它所属的公安机关的名义进行，因其并没有这些处罚种类的授权；但如果派出所超出《治安管理处罚法》关于500元以下罚款的数额限制，进

行了 500 元以上的罚款，根据行政诉讼被告确认的相关规则，仍旧由派出所自己来承担法律责任。

4. 行政拘留的暂缓执行

行政拘留的暂缓执行必须具备以下条件：

- (1) 被处罚人不服行政拘留处罚决定，申请行政复议或者提起行政诉讼的；
- (2) 被处罚人或者其近亲属提出担保人，或者按每日行政拘留 200 元的标准交纳保证金；
- (3) 被处罚人向公安机关提出暂缓执行行政拘留的申请；
- (4) 公安机关认为暂缓执行拘留决定不致发生社会危险的。

5. 行政拘留与强制措施的折抵（参阅《治安管理处罚法》第 92 条）

6. 治安管理处罚的救济

对治安管理处罚不服的，相对人的法律救济途径包括行政复议和行政诉讼两种，被处罚人可以选择申请行政复议或者直接提起行政诉讼，也就是说，治安类的案件行政复议并非行政诉讼的前置程序。

真题演练

1. (2006-2-82)^① 2006 年 5 月 2 日，吴某到某县郊区旅社住宿，拒不出示身份证件，与旅社工作人员争吵并强行住入该旅社。该郊区派出所以扰乱公共秩序为由，决定对吴某处以 300 元罚款。下列哪些说法是正确的？

- A. 派出所可以自己的名义作出该处罚决定
- B. 派出所可以当场作出该处罚决定
- C. 公安机关应当将此决定书副本抄送郊区旅社
- D. 吴某对该罚款决定不服，应当先申请复议才能提起行政诉讼

2. (2007-2-47)^② 张某因打伤李某被公安局处以行政拘留 15 天的处罚，张某不服，申请行政复议。不久，受害人李某向法院提起刑事自诉，法院经审理认为张某的行为已经构成犯罪，判决拘役 2 个月。下列哪一选项是正确的？

- A. 本案调查中，警察经出示工作证件，可以检查张某的住所
- B. 如果在法院判决时张某的行政拘留已经执行完毕，则对其拘役的期限为一个半月
- C. 如果张某之父为其提供担保，则公安机关可暂缓执行行政拘留
- D. 由公安局将张某送到看守所执行行政拘留

3. (2009-2-86)^③ 黄某与张某之妻发生口角，被张某打成轻微伤。某区公安分局

① AC。对于 500 元以下的罚款和警告的处罚，派出所可以以自己的名义进行，因此 A 选项正确；治安管理处罚中可以当场作出处罚决定的是 200 元以下的罚款，因此选项 B 错误；《治安管理处罚法》还特别规定，“有被侵害人的，并将决定书副本抄送被侵害人”，因此选项 C 正确；《治安管理处罚法》规定，对处罚决定不服，当事人可先复议再诉讼，也可以直接起诉，因此选项 D 错误。

② B。警察要检查相对人的住所，应当出示工作证件和县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件，因此 A 选项错误；违法行为构成犯罪，人民法院判处拘役或者有期徒刑的，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当折抵相应刑期，因此选项 B 正确；公安机关采取暂缓执行行政拘留决定，必须同时符合上文中的四项条件，因此选项 C 错误；对被决定给予行政拘留处罚的人，由作出决定的公安机关送达拘留所执行拘留决定，因此选项 D 错误。

③ AD。公安机关作出行政拘留处罚后应及时通知相对人家属，因此选项 A 正确；本案中张某之妻与具体行政行为并没有利害关系，因此不能作为第三人，故选项 B 错误；本案的原告是黄某，因此，本案只能由公安分局所在地的法院管辖，故选项 C 错误；同理，本案中提起诉讼的是黄某，并非张某，因此张某并不符合暂缓执行行政拘留决定的条件，选项 D 正确。



决定对张某拘留五日。黄某认为处罚过轻遂向法院起诉，法院予以受理。下列哪些选项是正确的？

- A. 某区公安分局在给予张某拘留处罚后，应及时通知其家属
- B. 张某之妻为本案的第三人
- C. 本案既可以由某区公安分局所在地的法院管辖，也可以由黄某所在地的法院管辖
- D. 张某不符合申请暂缓执行拘留的条件

考点七 《治安管理处罚法》中其他值得注意的问题

重点法条

《治安管理处罚法》

1. 公安机关的调解

第九条 对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理。经公安机关调解，当事人达成协议的，不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的，公安机关应当依照本法的规定，对违反治安管理行为人给予处罚，并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。

2. 公安机关在治安类案件中的调查权限

第八十二条 需要传唤违反治安管理行为接受调查的，经公安机关办案部门负责人批准，适用传唤证传唤。对现场发现的违反治安管理行为人，人民警察经出示工作证件，可以口头传唤，但应当在询问笔录中注明。

公安机关应当将传唤的原因和依据告知被传唤人，对无正当理由不接受传唤或者逃避传唤的人，可以强制传唤。

第八十三条 对违反治安管理行为人，公安机关传唤后应当及时询问查证，询问查证的时间不得超过八小时；情况复杂，依照本法规定可能使用行政拘留处罚的，询问查证的时间不得超过二十四小时。

公安机关应当及时将传唤的原因和处所通知被传唤人家属。

第八十七条第一款 公安机关对与违反治安管理行为有关的场所、物品、人身可以进行检查。检查时，人民警察不得少于二人，并应当出示工作证件和县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。对确有必要立即进行检查的，人民警察经出示工作证件，可以当场检查，但检查公民住所应当出示县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。

第八十九条第一款 公安机关办理治安案件，对与案件有关的需要作为证据的物品，可以扣押；对被侵害人或者善意第三人合法占有的财产，不得扣押，应当予以登记。对与案件无关的物品，不得扣押。

第九十三条 公安机关查处治安案件，对没有本人陈述，但其他证据能够证明案件事实的，可以作出治安管理处罚决定。但是，只有本人陈述，没有其他证据证明的，不能作出治安管理处罚决定。

考点解析

《治安管理处罚法》第9条是关于违反治安管理行为民事责任的承担问题。违反治安



管理行为对他人造成损害的，不仅要依法承担行政责任，受到治安管理处罚，还要依法承担相应的民事责任。对于当事人应承担的民事责任，本应通过民事途径进行解决，但因其与治安管理密切相关，《治安管理处罚法》特别规定此时公安机关可以进行调解处理。经公安机关调解，当事人达成协议的，不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的，公安机关应当依照本法的规定对违反治安管理行为人给予处罚，并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。同时，对于公安机关的调解不服，当事人可直接就民事争议向法院提起民事诉讼，但不能因调解协议向人民法院提起行政诉讼，因为公安机关的调解协议没有任何强制力，是否接受均取决于当事人的自愿。

真题演练

(2007-2-91)^① 安某放的羊吃了朱某家的玉米秸，二人争执。安某殴打朱某，致其左眼部青紫、鼻骨骨折，朱某被鉴定为轻微伤。在公安分局的主持下，安某与朱某达成协议，由安某向朱某赔偿 500 元。下列说法正确的是：

- A. 安某与朱某达成协议后，仍可以对安某进行治安处罚
- B. 如果安某拒不履行协议，朱某可以直接向法院提起行政诉讼
- C. 如果安某拒不履行协议，朱某应当先向区公安分局的上一级机关申请行政复议，对复议决定不服再提起行政诉讼
- D. 如果安某拒不履行协议，朱某可以向法院提起民事诉讼

^① D。对公安机关进行的调解，当事人不服的应向法院提起民事诉讼，而不能以公安机关为被告提起行政诉讼或者申请行政复议，因此 D 选项正确。



第四讲 《行政许可法》

【本讲概要】 行政许可程序；行政许可设定。

《行政许可法》的基本精神在于放宽政府对于私人事务的管制，尊重社会自治，有效约束行政机关，建设有限政府。因此，《行政许可法》的条文内容，无论是行政许可的设定，还是行政许可的实施程序，都旨在规范行政机关依法实施行政许可的权力。

考点一 行政许可的适用范围

重点法条

第二条 本法所称的行政许可，是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为。

第三条 行政许可的设定和实施，适用本法。

有关行政机关对其他机关或者对其直接管理的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批，不适用本法。

考点解析

行政许可的实质是对“一般禁止的特别解禁”，即法律对于某类行为因其具有一定的危险性，而禁止人们随意进行，但相对人如果具备了某种资格，向行政机关提出申请，行政机关经审查后就可以准许其从事这一禁止行为。

行政许可仅适用于行政机关与相对人的关系中，而有关行政机关对其他机关或者对其直接管理的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批，属于行政机关的内部事务，并不属于行政许可。

真题演练

(2005-2-86)^① 根据行政许可法的规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 某区动物检验局未按照法定标准收取许可费用，应当对其直接责任人予以行政处分
- B. 医生李某死亡，卫生行政主管部门应当依法注销其医师资格

^① AB。行政机关对其他机关或者对其有直接管理关系的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批，属于“内部行为”，不属于行政许可的范畴，而省公安厅对于高校教师出国护照的审批仍旧属于一般的行政管理法律关系，因此适用行政许可法，因此C不正确；相对人通过贿赂手段取得许可被撤销后，在3年内不得再申请行政许可，因此D选项不正确。

- C. 某省公安厅对某高校教师出国护照的审批不适用行政许可法
- D. 某企业通过贿赂手段取得的烟花爆竹生产许可证被撤销后, 在一年之内不得再申请该项许可

考点二 行政许可的设定

重点法条

第十二条 下列事项可以设定行政许可:

- (一) 直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动, 需要按照法定条件予以批准的事项;
- (二) 有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等, 需要赋予特定权利的事项;
- (三) 提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业, 需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项;
- (四) 直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品, 需要按照技术标准、技术规范, 通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项;
- (五) 企业或者其他组织的设立等, 需要确定主体资格的事项;
- (六) 法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。

第十三条 本法第十二条所列事项, 通过下列方式能够予以规范的, 可以不设行政许可:

- (一) 公民、法人或者其他组织能够自主决定的;
- (二) 市场竞争机制能够有效调节的;
- (三) 行业组织或者中介机构能够自律管理的;
- (四) 行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。

第十四条 本法第十二条所列事项, 法律可以设定行政许可。尚未制定法律的, 行政法规可以设定行政许可。

必要时, 国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后, 除临时性行政许可事项外, 国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律, 或者自行制定行政法规。

第十五条 本法第十二条所列事项, 尚未制定法律、行政法规的, 地方性法规可以设定行政许可; 尚未制定法律、行政法规和地方性法规的, 因行政管理的需要, 确需立即实施行政许可的, 省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的, 应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。

地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章, 不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可; 不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可, 不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务, 不得限制其他地区的商品进入本地区市场。

第十六条 行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内, 对实施该行政许可作出





具体规定。

地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定，不得增设行政许可；对行政许可条件作出的具体规定，不得增设违反上位法的其他条件。

第十七条 除本法第十四条、第十五条规定的外，其他规范性文件一律不得设定行政许可。

第四十一条 法律、行政法规设定的行政许可，其适用范围没有地域限制的，申请人取得的行政许可在全国范围内有效。

考点解析

如上文所说，行政许可是对“一般禁止的特别解禁”，它以法律上存在某种禁止为前提。因此，许可事项范围的大小直接决定了相对人自由权利的范围大小，许可范围越大，相对人的自由权利范围就越小。为贯彻放松政府管制、尊重私人自治的基本精神，《行政许可法》对行政许可的设定进行了严格规定，其目的就是约束行政机关滥设行政许可而侵犯相对人的合法权利。

1. 能够设立许可的事项（一般性了解，可考性不大）

能够设立许可的事项详见《行政许可法》第12条。

2. 不能够设立许可的事项（考点）

不能够设立许可的事项详见《行政许可法》第13条。

3. 法律规范的许可设定权

（1）行政许可的设定和行政处罚的设定一样，区分为创设权与规定权。所谓创设权，是指上位法没有设定行政许可，下位法新创设出某种行政许可，即“上无而新设”；所谓规定权，是指上位法已经创设出某种行政许可，下位法加以具体规范，即“上有而细化”。

（2）与行政处罚中的创设不同，行政许可的创设权分为经常性许可的创设与临时性许可的创设。前者是指常规性的、长期适用的行政许可；而后者是指对某类事项，国家不确定是否应采用行政许可的方式进行管理，或者设立经常性的行政许可的条件尚未成熟，于是先设立临时性的行政许可，在适用一段时间后再决定是否继续使用这种管理方式。

不同位阶的法律规范对于行政许可的创设权可以归纳为如下几点：

① 能够创设经常性许可的法律规范：

法律可以设定经常性行政许可。

行政法规可以设定经常性行政许可；国务院在必要时，可以采用发布决定的方式决定行政许可。

地方性法规可以设定经常性行政许可，但其不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可；不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可，不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务，不得限制其他地区的商品进入本地区市场。

除此之外，其他的法律规范，无论是规章还是其他规范性文件都无权创设经常性的许可。



② 能够创设临时性许可的法律规范

国务院在必要时采用决定的方式创设行政许可，该许可实施后如属于临时性许可，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律，或者自行制定行政法规。

省、自治区、直辖市人民政府规章在尚未制定法律、行政法规和地方性法规的情况下，可以设立临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的，应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。

此处需要特别注意的是：

与行政处罚不同，《行政许可法》没有赋予规章普遍的行政许可创设权，只允许省级人民政府规章创设临时性许可，且该许可实施一年后，或者认为不再需要而废止，或者需要继续实施的，应提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。

4. 行政许可的规定权

(1) 行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定；

(2) 地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定；

(3) 规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

行政法规、地方性法规和规章对实施上位法设定的行政许可作出具体规定时：①不得增设行政许可；②对行政许可条件作出具体规定时，不得增设违反上位法的其他条件。

以上内容可总结为下表。

法律规范	创设权	规定权
法律	可以创设经常性许可	
行政法规	可以创设经常性许可	可对法律设定的许可进行具体细化，但不能增设许可和增设违反法律的许可条件
地方性法规	可以创设经常性许可（但不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可；不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可，不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务，不得限制其他地区的商品进入本地区市场）	可对法律、行政法规设立的许可进行具体细化，但不能增设许可和增设违反法律、行政法规的许可条件
省级人民政府规章 （省、自治区、直辖市 人民政府）	可以创设临时性许可（但不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可；不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可，不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务，不得限制其他地区的商品进入本地区市场）	可对法律、行政法规、地方性法规设立的许可进行具体细化，但不能增设许可和增设违反法律、行政法规、地方性法规的许可条件

(续表)

法律规范	创设权	规定权
其他规章（包括国务院部门规章以及省级人民政府以下的市级政府制定的规章）	不能创设行政许可	
其他规范性文件	不能创设行政许可	不能对上位法规定的行政许可进行具体细化

5. 行政许可的设定程序

《行政许可法》对于行政许可设定程序的规定充分体现了行政公开的原则：

（1）在设定行政许可之处，“起草许可单位应采取听证会、论证会等形式听取意见，并向制定机关说明设定该行政许可的必要性、对经济和社会可能产生影响以及听取和采纳意见的情况”。

（2）在许可设定之后，《行政许可法》充分贯彻务实原则，要求“行政许可的设定机关定期对其设定的行政许可进行评价，对已设定的行政许可，认为可通过本法第 13 条所列方式解决的，应当对设定该行政许可的规定及时予以修改或废止”。

（3）省级人民政府认为行政法规设定的有关经济事务的行政许可，“根据该地区的经济和社会 development 情况，认为通过本法第 13 条所列方式可以解决的，报国务院批准后，可以在本行政区域内停止实施该行政许可”。

6. 许可的地域性界限

法律、行政法规设定的行政许可适用时无地域限制，而地方性法规和省级人民政府设立的行政许可是有适用的地域限制的。

考点三 行政许可的实施机关

重点法条

第二十三条 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，在法定授权范围内，以自己的名义实施行政许可。被授权的组织适用本法有关行政机关的规定。

第二十四条 行政机关在其法定职权范围内，依照法律、法规、规章的规定，可以委托其他行政机关实施行政许可。委托机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告。

委托行政机关对受委托行政机关实施行政许可的行为应当负责监督，并对该行为的结果承担法律责任。

受委托行政机关在委托范围内，以委托行政机关名义实施行政许可；不得再委托其他组织或者个人实施行政许可。

第二十五条 经国务院批准，省、自治区、直辖市人民政府根据精简、统一、效能的原则，可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政许可权。

第二十六条 行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的，该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请，统一送达行政许可决定。



行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的，本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理，或者组织有关部门联合办理、集中办理。

法学理论

行政许可的实施机关包括：①具有行政许可权的行政机关；②法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织；③行政机关委托的其他机关。

考点解析

1. 实施机关

(1) 与行政处罚一样，法律、法规可授权具有管理公共事务职能的组织实施行政许可，因这些组织具有行政主体资格，因此可以自己的名义实施行政许可，可由自己来承担产生的法律责任。

(2) 行政机关可将自己的许可权委托他人行使，但与行政处罚不同的是，行政许可的委托只能委托给其他行政机关，而不能是行政机关以外的其他组织与个人。同样，受委托机关只能以委托机关的名义实施行政许可，法律后果也由委托机关来承担，受委托机关不得将行政许可权再行委托。

2. 联合办公

(1) 第25条是关于行政许可的集中实施，即将本来分属于不同行政机关的行政许可权转移和集中配置在一个行政机关手中，原机关由此丧失了对该事项的许可实施权，其前提是国务院批准、省级人民政府决定（与行政处罚相区别）。

(2) 第26条是关于行政许可办公方式的改革。①行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的，该行政机关应当确定一个机构统一办理行政许可。所谓统一办理，是指将外部行政程序内部化，申请人只要面对一个机构，由此减少了申请人与多个机关、多个机构打交道的麻烦，一个机构统一受理，统一送达行政许可。②行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的，本级人民政府可以确定一个部门统一办理，或者组织有关部门联合办理、集中办理。联合办理、集中办理与统一办理不同，申请人仍需与多个机关打交道，但这些机关在地点上集中在一起，由此免去了申请人车马劳顿之苦。

考点四 行政许可程序

重点法条

1. 申请与受理

第二十九条 公民、法人或者其他组织从事特定活动，依法需要取得行政许可的，应当向行政机关提出申请。申请书需要采用格式文本的，行政机关应当向申请人提供行政许可申请书格式文本。申请书格式文本中不得包含与申请行政许可事项没有直接关系的内容。

申请人可以委托代理人提出行政许可申请。但是，依法应当由申请人到行政机关办公场所提出行政许可申请的除外。





行政许可申请可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出。

第三十条 行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示。

第三十一条 申请人申请行政许可，应当如实向行政机关提交有关材料和反映真实情况，并对其申请材料实质内容的真实性负责。行政机关不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术材料和其他材料。

第三十二条 行政机关对申请人提出的行政许可申请，应当根据下列情况分别作出处理：

（一）申请事项依法不需要取得行政许可的，应当即时告知申请人不受理；

（二）申请事项依法不属于本行政机关职权范围的，应当即时作出不予受理的决定，并告知申请人向有关行政机关申请；

（三）申请材料不齐全或者不符合法定形式的，应当当场或者在五日内一次告知申请人需要补正的全部内容，逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理；

（四）申请材料不齐全或者不符合法定形式的，应当当场或者在五日内一次告知申请人需要补正的全部内容，逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理；

（五）申请事项属于本行政机关职权范围，申请材料齐全、符合法定形式，或者申请人按照本行政机关的要求提交全部补正申请材料的，应当受理行政许可申请。

行政机关受理或者不予受理行政许可申请，应当出具加盖本行政机关专用印章和注明日期的书面凭证。

2. 审查与决定

第三十四条 行政机关应当对申请人提交的申请材料进行审查。

申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式，行政机关能够当场作出决定的，应当当场作出书面的行政许可决定。

根据法定条件和程序，需要对申请材料的实质内容进行核实的，行政机关应当指派两名以上工作人员进行核查。

第三十六条 行政机关对行政许可申请进行审查时，发现行政许可事项直接关系他人重大利益的，应当告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见。

第三十八条 申请人的申请符合法定条件、标准的，行政机关应当依法作出准予行政许可的书面决定。

行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的，应当说明理由，并告知申请人享有依法申请行政复议或提起行政诉讼的权利。

第三十九条 行政机关作出准予行政许可的决定，需要颁发行政许可证件的，应当向申请人颁发加盖本行政机关印章的下列行政许可证件：

（一）许可证、执照或者其他许可证书；

（二）资格证、资质证或者其他合格证书；

（三）行政机关的批准文件或者证明文件；

（四）法律、法规规定的其他行政许可证件。



行政机关实施检验、检测、检疫的，可以在检验、检测、检疫合格的设备、设施、产品、物品上加贴标签或者加盖检验、检测、检疫印章。

3. 期限

第四十二条 除可以当场作出行政许可决定的外，行政机关应当自受理行政许可申请之日起二十日内作出行政许可决定。二十日内不能作出决定的，经本行政机关负责人批准，可以延长十日，并应当将延长期限的理由告知申请人。但是，法律、法规另有规定的，依照其规定。

依照本法第二十六条的规定，行政许可采取统一办理或者联合办理、集中办理的，办理的时间不得超过四十五日；四十五日内不能办结的，经本级人民政府负责人批准，可以延长十五日，并应当将延长期限的理由告知申请人。

第四十三条 依法应当先经下级行政机关审查后报上级行政机关决定的行政许可，下级行政机关应当自其受理行政许可申请之日起二十日内审查完毕。但是，法律、法规另有规定的，依照其规定。

第四十四条 行政机关作出准予行政许可的决定，应当自作出决定之日起十日内向申请人颁发、送达行政许可证件，或者加贴标签、加盖检验、检测、检疫印章。

4. 变更与延续

第四十九条 被许可人要求变更行政许可事项的，应当向作出行政许可决定的行政机关提出申请；符合法定条件、标准的，行政机关应当依法办理变更手续。

第五十条 被许可人需要延续依法取得的行政许可的有效期的，应当在该行政许可有效期届满三十日前向作出行政许可决定的行政机关提出申请。但是，法律、法规、规章另有规定的，依照其规定。

行政机关应当根据被许可人的申请，在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定；逾期未作决定的，视为准予延续。

考点解析

行政许可是行政法中典型的依申请的行政行为，即行政许可必须有相对人的申请才能启动，行政机关在受理了相对人的申请后，再审查决定是否授予相对人许可，正因如此，行政许可的程序就由申请、受理、审查与决定四个环节组成。

1. 申请与受理

(1) 行政法因其主旨是为了规范行政机关依法行使职权，保障相对人的合法权益，因此在程序设置上，对于相对人往往采用“便宜原则”，即便于相对人行使权利的原则，不苛求相对人必须按照何种程序行事。《行政许可法》规定，只要没有特别法规定申请人必须到行政机关办公场所提出许可申请，相对人可以通过各种可能的方式提出许可申请，甚至可以委托代理人提出许可申请。

(2) 但对于行政机关而言，则要遵守各项程序义务，具体到行政许可的申请与受理阶段，首先要做到行政公开，将行政许可的条件公之于众以免暗箱操作；其次，无论是否受理行政许可申请，都应当出具书面凭证。

2. 审查与决定

(1) 简易程序与一般调查

① 第34条第2款中申请人材料齐全、符合法定形式，行政机关能够当场作出决定，



应当当场作出决定，这种程序类似于行政处罚中的简易程序，即行政机关当场审查，当场作出决定。但需要注意的是，即使是当场作出许可决定，也一定是书面的，而不能是口头的。

② 第3款为一般程序，即行政机关对申请人提交的材料指派工作人员进行核查，再决定是否授予相对人许可，这种程序同样类似于行政处罚中的一般程序，而且与行政处罚一样，《行政许可法》也规定行政机关的调查人员不得少于两人。

(2) 利害关系人制度

对行政许可可能影响到的利害关系人提供事先陈述和申辩的权利，是《行政许可法》对利害关系人进行保护的重要举措。行政许可是一类典型的授益性行政行为，相对人申请行政许可，都是期望由行政许可而获得某种资格或利益，但有些行政许可决定一旦作出，虽然会使相对人获利，但也有可能给其他人带来不利影响，例如批准建楼许可对周边相邻权人的影响，这也是行政法中所说的“第三人效力”，为避免这种不利影响的发生，《行政许可法》特别规定了，行政机关对行政许可申请进行审查时，发现行政许可事项直接关系到他人重大利益的，应当告知该利害关系人，听取其陈述、申辩和意见。《行政许可法》第40条规定：“行政机关作出的准予行政许可决定，应当予以公开，公众有权查阅”，同样是为了这一目的。

(3) 许可决定与证照颁发

① 与行政机关是否受理相对人的许可申请一样，行政机关在审查后无论是否授予相对人许可，都应通过书面的方式作出决定。

② 并非所有的授予行政许可的决定都需要颁发相应的许可证件，只有需要颁发的，行政机关才应当向申请人颁发加盖本行政机关印章的行政许可证件。

3. 期限

详见《行政许可法》第42~44条。

4. 变更与延续

详见《行政许可法》第49~50条。

真题演练

1. (2005-2-88)① 某公司准备在某市郊区建一座化工厂，向某市规划局、土地管理局、环境保护局和建设局等职能部门申请有关证照。下列哪些说法是正确的？

- A. 某公司应当对其申请材料实质内容的真实性负责
- B. 某市人民政府应当组织上述四个职能部门联合为某公司办理手续
- C. 拟建化工厂附近居民对核发该项目许可证照享有听证权利
- D. 如果某公司的申请符合条件，某市人民政府相关职能部门应在45个工作日内为其办结全部证照

① AC。申请人应对申请材料的真实性负责，因此选项A正确；本案中许可涉及政府的多个工作部门，此时政府可以指定，而非应当指定一个部门统一办理，因此选项B错误；拟建化工厂附近居民为利害关系人，享有对许可要求听证的权利，因此选项C正确；本案属于联合办公的情形，政府相关职能部门应在45个工作日内办结，但有特殊情形的，可以延长15日，因此选项D错误。



2. (2009-2-90)^① 关于公告, 下列哪些选项是正确的?

- A. 行政机关认为需要听证的涉及公共利益的重大许可事项应当向社会公告
- B. 行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的, 申请人、利害关系人提出听证申请的, 行政机关应当予以公告
- C. 行政机关在其法定权限范围内, 依据法律委托其他行政机关实施行政许可, 对受委托行政机关和受委托实施许可的内容应予以公告
- D. 被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可, 行政机关予以撤销的, 应当向社会公告

3. (2005-2-46)^② 根据行政许可法的规定, 下列有关行政许可的审查和决定的哪一种说法是正确的?

- A. 对行政许可申请人提交的申请材料的审查, 均应由行政机关两名以上工作人员进行
- B. 行政机关作出准予行政许可决定和不予行政许可决定, 均应采用书面形式
- C. 行政机关作出准予行政许可决定后, 均应向申请人颁发加盖本行政机关印章的行政许可证件
- D. 所有的行政许可均在全国范围内有效

4. (2004-2-40)^③ 按照律师法规定, 申请领取律师执业证书, 司法行政机关应当自收到申请之日起 30 日内作出是否颁发的决定。按照行政许可法的规定, 应当自受理行政许可申请之日起 20 日内作出行政许可决定。2004 年 7 月初, 张某向司法厅申请领取律师执业证书, 司法厅的正确做法是:

- A. 应当适用律师法, 在 30 日内作出是否颁发的决定
- B. 应当适用许可法, 在 20 日内作出是否颁发的决定
- C. 可以选择适用律师法或者许可法关于期限的规定作出决定
- D. 因法律关于期限的规定不一致, 报请全国人大常委会裁决后再作决定

5. (2009-2-40)^④ 2001 年原信息产业部制定的《电信业务经营许可证管理办法》(简称《办法》) 规定经营许可证有效期届满, 需要继续经营的, 应提前 90 日, 向原发证机关提出续办经营许可证的申请。2003 年 9 月 1 日, 获得增值电信业务经营许可证(有效期为 5 年) 的甲公司, 于 2008 年拟向原发证机关某省通信管理局提出续办经营许可证的申请。下列哪一选项是正确的?

① AC。根据《行政许可法》的规定, 行政机关认为涉及公共利益, 需要听证的重大许可事项, 以及依据法律委托其他行政机关实施行政许可的, 应向社会公开, 而申请人、利害关系人提出听证申请以及行政机关撤销行政许可的, 无须公告, 因此选项 AC 正确。

② B。对申请材料的调查核实, 一般情形下需要 2 人, 但如上文所述, 申请人符合法定条件, 可以当场作出许可决定的, 此时审查人员可以是 1 人, 因此 A 选项错误; 行政机关准予或不予许可的决定, 均是书面的, 因此选项 B 正确; 并非所有的许可都需要颁发许可证件, 因此选项 C 错误; 只有法律、行政法规创设的许可才在全国范围内有效, 而地方性法规、省级政府规章创设的许可只能在地方有效, 因此选项 D 错误。

③ A。除可以当场作出行政许可决定的外, 行政机关应当自受理行政许可申请之日起 20 日内作出行政许可决定。但法律、法规有特殊规定的, 适用特别法的规定, 因此本题的正确答案为 A。

④ C。被许可人需要延续依法取得的行政许可的有效期的, 应当在该行政许可有效期届满 30 日前向作出行政许可决定的行政机关提出申请, 但是法律、法规、规章另有规定的, 依照规定, 行政机关应当根据被许可人的申请, 在许可有效期届满前作出是否准予延续的决定; 逾期未作决定的, 视为准予延续, 据此, 甲公司希望延续许可, 应依照《办法》的规定在许可届满前 90 日提出延续申请, 省通信管理局应在甲公司许可证有效期届满前作出是否准予延续的决定, 而未作任何答复的, 应视为准予许可, 因此本案中只有选项 C 正确。

- A. 因《办法》为规章，所规定的延续许可证申请期限无效
- B. 因《办法》在《行政许可法》制定前颁布，所规定的延续许可证申请期限无效
- C. 如甲公司依法提出申请，某省通信管理局应在甲公司许可证有效期届满前作出是否准予延续的决定
- D. 如甲公司依法提出申请，某省通信管理局在 60 日内不予答复的，视为拒绝延续

考点五 行政许可的听证

重点法条

第四十六条 法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项，或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项，行政机关应当向社会公告，并举行听证。

第四十七条第一款 行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的，行政机关在作出行政许可决定前，应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利；申请人、利害关系人在被告知听证权利之日起五日内提出听证申请的，行政机关应当在二十日内组织听证。

第四十八条 听证按照下列程序进行：

（一）行政机关应当于举行听证的七日前将举行听证的时间、地点通知申请人、利害关系人，必要时予以公告；

（二）听证应当公开举行；

（三）行政机关应当指定审查该行政许可申请的工作人员以外的人员为听证主持人，申请人、利害关系人认为主持人与该行政许可事项有直接利害关系的，有权申请回避；

（四）举行听证时，审查该行政许可申请的工作人员应当提供审查意见的证据、理由，申请人、利害关系人可以提出证据，并进行申辩和质证；

（五）听证应当制作笔录，听证笔录应当交听证参加人确认无误后签字或盖章。

行政机关应当根据听证笔录，作出行政许可决定。

考点解析

与行政处罚的听证一样，行政许可的听证事实上也并非一个独立的行政许可程序，它也只是许可审查的一个阶段，即某些特殊许可案件，除采用常规调查核实的方法外，还采用听证的方式进行调查。

1. 适用范围

行政许可的适用范围包括：①法律、法规、规章规定应听证的；②行政机关认为需要听证的；③涉及公共利益的重大许可事项。

2. 听证的启动与进行

（1）行政许可的听证的启动可分为两种：依申请进行和依职权进行。前者是指许可事项的申请人或者利害关系人提出举行听证的申请；而后者则是指对于法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项，或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项，行政机关主动举行听证（即法定的听证和行政机关认为需要听证两种）。

（2）在依申请进行听证时，除许可申请人外，与许可事项相关的利害关系人也有权要





求听证。这一点与前文中许可审查时的利害关系人制度一样，也是对权利义务可能因许可事项受到影响的利害关系人的一种事前保护。

(3) 对于许可的听证程序，《行政许可法》主要规定了三个期限：①申请期限，申请人、利害关系人应当在被告知听证权利之日起5日内提出听证申请；②组织期限，行政机关应当在20日内组织听证；③告知期限，行政机关应当于举行听证的7日前将举行听证的时间、地点通知申请人、利害关系人，必要时还应当进行公告。

(4) 与行政处罚中的听证不同，《行政许可法》特别规定了听证笔录的效力：行政机关应当根据听证笔录，作出行政许可决定。这一点意味着在许可听证中，听证笔录是作出最终决定的唯一依据，行政机关绝不能采纳听证笔录之外的其他证据作出许可决定。

(5) 与行政处罚听证的比较。对行政许可的听证程序，考生最好与行政处罚的听证相比较进行复习，而两者的区别可总结为如下几点：

①听证的启动程序和启动主体不同。首先，在行政处罚中，只能依申请而举行听证，而行政许可中，除依申请外，行政机关也可以主动举行听证；其次，在行政许可中，除许可申请人外，与许可事项相关的利害关系人也有权要求听证。

②许可听证的期限规定更加细化。《行政许可法》除规定申请期限和告知期限外，还规定了行政机关组织听证的期限。

③听证笔录的效力不同。如上文所述，《行政处罚法》尽管规定听证应制作听证笔录，但并没有规定处罚决定必须依据听证笔录，因此即便行政机关在听证笔录之外引入了其他证据对当事人作出最后的处罚决定，该决定同样不是违法的。但行政许可的听证笔录是作出许可决定的依据。

两者的相同之处包括：①除涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私外，听证公开进行；②听证主持人为非本案调查人员，如与案件和当事人有利害关系则应回避；③申请人不承担听证费用；④申请人有权委托代理人，有权申辩与质证；⑤听证应制作听证笔录。

真题演练

1. (2006-2-48)① 关于行政许可程序，下列哪一选项是正确的？

- A. 对依法不属于某行政机关职权范围内的行政许可申请，行政机关作出不予受理决定，应向当事人出具加盖该机关专用印章和注明日期的书面凭证
- B. 行政许可听证均为依当事人申请的听证，行政机关不能主动进行听证
- C. 行政机关作出的准予行政许可决定，除涉及国家秘密的，均应一律公开
- D. 所有的行政许可适用范围均没有地域限制，在全国范围内有效

2. (2004-2-75)② 关于行政处罚和行政许可行为，下列哪些说法是不正确的？

- A. 行政处罚和行政许可的设定机关均应定期对其设定的行政处罚和行政许可进行

① A. 准予许可的决定和不予许可的决定，行政机关均应作出书面决定，因此选项 A 正确；行政许可的听证既可因当事人申请，也可以由行政机关主动举行，因此选项 B 错误；行政机关作出的准予许可的决定，除涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的外，一律应公开，因此选项 C 错误；只有法律、行政法规创设的许可才在全国范围内有效，选项 D 错误。

② ACD. 行政许可的设定机关应定期对设定的行政许可进行评价，而《行政处罚法》并无此规定，选项 A 表述错误；法律、法规授权组织作为行政主体，既可行使处罚权，也可行使许可权，选项 B 表述正确；行政机关可将其处罚权委托给具有管理公共事务职能的事业单位，但行政机关的许可权只能委托给其他行政机关，选项 C 表述错误；行政许可决定必须根据听证笔录作出，但《行政处罚法》并无此规定，选项 D 表述错误。

评价

B. 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，可依授权行使行政处罚权和行政许可权

C. 行政机关委托实施行政处罚和行政许可的组织应当是依法成立的管理公共事务的事业组织

D. 行政机关依法举行听证的，应当根据听证笔录作出行政处罚决定和行政许可决定

考点六 特殊的行政许可程序

重点法条

第五十三条第一款 实施本法第十二条第二项所列事项的行政许可的，行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

第五十四条第一款 实施本法第十二条第三项所列事项的行政许可，赋予公民特定资格，依法应当举行国家考试的，行政机关根据考试成绩和其他法定条件作出行政许可决定；赋予法人或者其他组织特定的资格、资质的，行政机关根据申请人的专业人员构成、技术条件、经营业绩和管理水平的考核结果作出行政许可决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

第五十七条 有数量限制的行政许可，两个或者两个以上申请人的申请均符合法定条件、标准的，行政机关应当根据受理行政许可申请的先后顺序作出准予行政许可的决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

考点解析

1. 关于特许和认可。对于有限自然资源的开发利用、公共资源的配置、特定行业的市场准入等事项，《行政许可法》规定可通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定；对于需要资格、资质认可的事项，行政机关则通过举行国家考试或者考核的方式作出许可决定。

2. 有数量控制的行政许可。

考点七 许可的监督与检查

重点法条

1. 信赖保护许可的撤回、撤销

第八条 公民、法人或其他组织依法取得的行政许可受法律保护，行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。

行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的，行政机关应当依法给予补偿。





第六十九条 有下列情形之一的，作出行政许可决定的行政机关或者其上级行政机关，根据利害关系人的请求或者依据职权，可以撤销行政许可：

- (一) 行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守作出准予行政许可决定的；
- (二) 超越法定职权作出准予行政许可决定的；
- (三) 违反法定程序作出准予行政许可决定的；
- (四) 对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可的；
- (五) 依法可以撤销行政许可的其他情形。

被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的，应当予以撤销。

依照前两款的规定撤销行政许可，可能对公共利益造成重大损害的，不予撤销。

依照本条第一款的规定撤销行政许可，被许可人的合法权益受到损害的，行政机关应当依法给予赔偿。依照本条第二款的规定撤销行政许可的，被许可人基于行政许可取得的利益不受保护。

2. 许可的注销

第七十条 有下列情形之一的，行政机关应当依法办理有关行政许可的注销手续：

- (一) 行政许可有效期届满未延续的；
- (二) 赋予公民特定资格的行政许可，该公民死亡或者丧失行为能力的；
- (三) 法人或者其他组织依法终止的；
- (四) 行政许可依法被撤销、撤回，或者行政许可证件依法被吊销的；
- (五) 因不可抗力导致行政许可事项无法实施的；
- (六) 法律、法规规定的应当注销行政许可的其他情形。

3. 许可监督检查的其他问题

第六十四条 被许可人在作出行政许可决定的行政机关管辖区域外违法从事行政许可事项活动的，违法行为发生地的行政机关应当依法将被许可人的违法事实、处理结果抄告作出行政许可决定的行政机关。

第六十七条第一款 取得直接关系公共利益的特定行业的市场准入行政许可的被许可人，应当按照国家规定的服务标准、资费标准和行政机关依法规定的条件，向用户提供安全、方便、稳定和价格合理的服务，并履行普遍服务的义务；未经作出行政许可决定的行政机关批准，不得擅自停业、歇业。

第七十八条 行政许可申请人隐瞒有关情况或者提供虚假材料申请行政许可的，行政机关不予受理或者不予行政许可，并给予警告；行政许可申请属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的，申请人在一年内不得再次申请该行政许可。

第七十九条 被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的，行政机关应当依法给予行政处罚；取得的行政许可属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的，申请人在三年内不得再次申请该行政许可；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

考点解析

1. 信赖保护许可的撤回、撤销

行政许可是典型的授益行政行为，即赋予相对人权利和利益的行为，相对人获得的行政许可受法律保护，《行政许可法》特别规定，行政机关作出许可决定后不得擅自改变或撤回已经生效的许可，这就是行政法中的“信赖利益保护”，即相对人信赖行政许可行为



可以存续，这种信赖利益应予保护，行政机关嗣后擅自改变或者撤回已经作出的许可，都是对这种信赖利益的损害。

(1) 信赖利益的保护并非绝对，如行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。但此时，行政机关必须对因此给公民、法人或其他组织造成的财产损失进行补偿。

(2) 如果行政机关嗣后发现行政许可的授予按照法律规定是违法的，如第 69 条第 1 款所规定的，是因为：①行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守作出准予行政许可决定的；②超越法定职权作出准予行政许可决定的；③违反法定程序作出准予行政许可决定的；④对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可的，或者其他情形。此时行政机关可以将已经授予的行政许可撤销，但因为相对人在其中并没有任何过错，其信赖利益仍旧需要保护，所以《行政许可法》规定，此时行政机关应当对行政相对人进行赔偿。

(3) 对相对人信赖利益保护的前提是相对人对于行政许可的违法并无过错，即行政许可的违法并非由相对人的原因造成，如果行政许可的违法是由于相对人的原因造成的，即被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可，此时行政许可应予撤销，被许可人基于行政许可取得的利益也不受保护。

(4) 许可撤回与撤销的区别在于：撤回是指行政许可在作出时并不是违法的，但由于事后行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，行政机关为公共利益的需要而将其废止；行政许可的撤销是指行政许可在作出过程中就存在违法行为（或者是行政机关及其工作人员的违法行为，或者是被许可人的违法行为），因此该许可在作出时就是违法的，作出许可决定的行政机关或者其上级机关，溯及既往地使其失去效力。

(5) 不撤销的例外。行政许可违法的，一般应予撤销。但如果撤销行政许可，可能对公共利益造成重大损害的，不予撤销。

2. 许可的注销

(1) 行政许可的注销。注销是一项将某项许可在形式上最终消灭的手续。能够引起行政许可被注销的原因是多种多样的，许可的撤销可以引起，许可的吊销可以引起，除此之外，被许可人的原因、不可抗力等原因都可以引起许可注销的结果。

(2) 撤销许可、注销许可与吊销许可证的区别。行政许可的撤销是指行政许可作出时即存在违法情形，导致该许可自作出时就是违法的，因此法定机关（包括作出许可的机关、上级机关以及有权机关）使其溯及既往地失效；注销许可是一种程序行为，它的原因可能是许可被撤销、许可证被吊销，或者许可的行为已经完成，等等。而吊销许可证是行政处罚的一种类型。它的原因并非许可作出违法，而是被许可人在进行许可活动时存在违法行为，行政机关对其进行惩戒。

3. 许可监督检查的其他问题

(1) 行政机关之间的协助义务（详见《行政许可法》第 64 条）。

(2) 特定行业的行业禁止条例（详见《行政许可法》第 67 条）。

(3) 法律责任（详见《行政许可法》第 78 ~ 79 条）。

1. (2004-2-96)^① 甲厂经某市采砂许可证的法定发放机关地质矿产局批准取得了为期5年的采砂许可证,并经某区水电局等部门批准,在区江河管理站划定的区域内采砂。后因缴纳管理费问题与水电局发生纠纷,随后该水电局越权向乙厂颁发了采砂许可证,准予乙厂在甲厂被划定的区域内采砂,下列说法正确的是:

- A. 根据甲厂的申请,某市地质矿产局可以撤销水电局发给乙厂的采砂许可证
- B. 水电局应当撤销给乙厂发放的采砂许可证
- C. 若乙厂的采砂许可证被撤销,发放许可证的水电局应承担乙厂相应的经济损失
- D. 甲厂可以要求水电局赔偿因向乙厂颁发许可证给自己造成的经济损失

2. (2006-2-86)^② 根据行政许可法的规定,下列关于行政许可的撤销、撤回、注销的哪些说法是正确的?

- A. 行政许可的撤销和撤回都涉及被许可人实体权利
- B. 规章的修改可以作为行政机关撤回已经生效的行政许可的理由
- C. 因行政机关工作人员滥用职权授予的行政许可被撤销的,行政机关应予赔偿
- D. 注销是行政许可被撤销和撤回后的法定程序

3. (2007-2-81)^③ 刘某参加考试并取得《医师资格证书》。后市卫生局查明刘某在报名时提供的系虚假材料,于是向刘某送达《行政许可证件撤销告知书》。刘某提出听证申请,被拒绝。市卫生局随后撤销了刘某的《医师资格证书》。下列哪些选项是正确的?

- A. 市卫生局有权撤销《医师资格证书》
- B. 撤销《医师资格证书》的行为应当履行听证程序
- C. 市政府有权撤销《医师资格证书》
- D. 市卫生局撤销《医师资格证书》后,应依照法定程序将其注销

4. (2008-2-87)^④ 对下列哪些情形,行政机关应当办理行政许可的注销手续?

- A. 张某取得律师执业证书后,发生交通事故成为植物人
- B. 田某违法经营的网吧被吊销许可证
- C. 李某依法向国土资源管理部门申请延续采矿许可,国土资源管理部门在规定期限内未予答复
- D. 刘某通过行贿取得行政许可证后,被行政机关发现并撤销其许可

① ABCD。市地质矿产局是本案中的有权机关,可撤销无权机关作出的违法的行政许可,选项A正确;违法颁发行政许可的机关可撤销自己违法颁发的许可,这也是自我纠错的一种反映,因此选项B正确;乙厂在本案中并无过错,许可证的违法是因为水电局越权颁发许可所致,因此撤销该许可后,水电局应对乙厂的损失进行赔偿,甲厂也可以要求水电局赔偿因向乙厂颁发许可给自己造成的损失,因此选项CD也正确。

② ABD。撤销与撤回均使许可失去效力,因此都涉及被许可人的实体权利,因此选项A正确;法律、法规、规章和其他规范性文件的修改都可以成为行政机关撤回行政许可的理由,因此选项B正确;行政机关工作人员滥用职权导致许可违法被撤销的,是否应予赔偿,要看相对人是否有值得保护的信赖,即相对人是否存在违法事由,如相对人有行贿等情形,则不予赔偿,因此选项C错误;注销是撤销和撤回后的法定程序,选项D正确。

③ ACD。市卫生局作为本案的有权机关,有权撤销违法的许可,因此选项A正确;撤销许可与吊销许可不同,并不属于行政处罚,因此不适用听证,选项B错误;市政府也是有权机关,可以撤销许可,因此选项C正确;许可被撤销后,应履行相应的注销程序,选项D正确。

④ ABD。许可注销的原因可以是许可被撤销或者许可证被吊销,也可以是被许可人死亡或者不适宜再从事许可行为,因此选项ABD正确。而相对人申请延续许可,许可机关在规定期限内未作答复的,视为准予延续,而不能将许可注销,因此选项C错误。



第五讲 《行政复议法》

【本讲概要】 行政复议的范围；复议参加人和复议机关；复议的审理、决定和执行。

行政复议是一种重要的法定行政救济方式。公民、法人或其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益时，可依法向行政复议机关提出复议申请，由复议机关受理审查并作出决定。行政复议机关通常是争议行为作出机关的上级机关，因此，行政复议究其本质是一种“行政系统内部的自我纠错机制”。正因为行政复议的这一实质，决定了行政复议活动相比行政诉讼具有了如下特点：

（1）监督的全面性：因为复议机关是被申请机关的上级机关，因此，复议机关有权对被申请机关的行为进行全面监督，而不是像法院在行政诉讼中一样，只能在《行政诉讼法》授权范围内对被诉行政机关进行监督，这是复议相比诉讼的优越性。

（2）监督的有限性：尽管可以对被申请机关进行全面监督，但行政复议本质上仍旧是“行政系统内部的自我纠错机制”，复议制度的这种先天不足因其有悖“自己不能为自己的法官”的法治原理，所以不能成为法治社会解决行政争议的最终途径，也正因如此，《行政复议法》和《行政诉讼法》均规定，复议决定除法律明确规定外，都不是终局的，当事人不服复议决定原则上都可以再提起行政诉讼。

考点一 行政复议范围

重点法条

第六条 有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议：

（一）对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的；

（二）对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等行政强制措施决定不服的；

（三）对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更、中止、撤销的决定不服的；

（四）对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；

（五）认为行政机关侵犯合法的经营自主权的；

（六）认为行政机关变更或者废止农业承包合同，侵犯其合法权益的；

（七）认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；



(八) 认为符合法定条件, 申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书, 或者申请行政机关审批、登记有关事项, 行政机关没有依法办理的;

(九) 申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责, 行政机关没有依法履行的;

(十) 申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费, 行政机关没有依法发放的;

(十一) 认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

第八条 不服行政机关作出的行政处分或者其他人事处理决定的, 依照有关法律、行政法规规定提出申诉。

不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理, 依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

考点解析

1. 可申请复议的事项

(1) 《行政复议法》第6条所规定的可以申请行政复议的案件, 事实上只有正面列举和正面示范的作用, 并没有穷尽所有能够申请行政复议的行政争议。考生在复习时, 完全没有必要记忆第6条, 只要记住第8条中明确排除在复议范围之外的案件即可。在判断时, 谨记勿从正面进行判断是否属于行政复议的复议范围, 只要从反面判断是否属于复议排除事项。只要不属于复议排除事项, 无论行政行为的具体样态和法律属性是什么, 原则上都是可以申请行政复议的, 而不论其是否已经被列举在第6条中。

(2) 《行政复议法》关于复议范围的规定尽管与《行政诉讼法》的语词表述有所不同, 且确定标准也变成: 具体行政行为、违法不当、侵犯合法权益, 但复议范围的掌握仍然可参照行政诉讼的范围, 尤其是最高人民法院关于行政诉讼法的司法解释中关于排除事项的规定, 原则上也都适用于行政复议。考生请勿纠结于具体的语词表述差异。

2. 复议排除事项

(1) 根据上述规定, 行政复议法明确排除在复议范围之外的事项包括两类: ①行政处分及其他人事处理决定; ②对民事纠纷的调解或处理。前者指行政机关作出的涉及该行政机关公务员权利义务的所有决定, 公务员对这些所谓的“内部行政行为”同样不能提起行政诉讼, 只能根据《公务员法》的规定进行复核与申诉。而行政机关对民事纠纷所作的调解与处理, 因并不具有任何拘束力, 所以当事人不服, 不能将行政机关作为被申请人申请行政复议, 或者将行政机关作为被告提起行政诉讼, 相对人应当就原来的民事纠纷提起民事诉讼。

(2) 《行政复议法》尽管只排除了上述两类案件, 事实上, 《行政诉讼法》及《若干问题的解释》中关于受案范围的很多排除事项同样适用于行政复议, 其中包括: 国家行为、刑事侦查行为、行政指导行为、重复处理的行为、对当事人的权利义务没有产生实质影响的行为。至于《行政诉讼法》明确排除在受案范围以外的抽象行政行为, 《行政复议法》规定了特别的处理方式, 下文将专门论述。

真题演练

1. (2002-2-76)^① 下列选项中可以提起行政复议的有:

A. 某市交通管理局发布了排气量 1 升以下的汽车不予上牌照的规定,并据此对吴某汽车不予上牌照的行为进行了处罚

B. 某乡政府发布通告劝导农民种植高产农作物的行为

C. 城建部门将某施工企业的资质由一级变更为二级的行为

D. 民政部门对王某成立社团的申请不予批准的行为

2. (2005-2-85)^② 金某因举报单位负责人贪污问题遭到殴打,于案发当日向某区公安分局某派出所报案,但派出所久拖不理。金某向区公安分局申请复议,区公安分局以未成立复议机构为由拒绝受理,并告知金某向上级机关申请复议。下列说法正确的是:

A. 金某可以向某区人民政府申请复议

B. 金某可以以某派出所为被告向法院提起行政诉讼

C. 金某可以以某区公安分局为被告向法院提起行政诉讼

D. 应当对某区公安分局相关负责人给予行政处分

考点二 抽象行政行为的审查

重点法条

第七条 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法,在对具体行政行为申请行政复议时,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请:

(一) 国务院部门的规定;

(二) 县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定;

(三) 乡、镇人民政府的规定。

前款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。

第二十六条 申请人在申请行政复议时,一并提出对本法第七条所列有关规定的审查申请的,行政复议机关对该规定有权处理的,应当在三十日内依法处理;无权处理的,应当在七日内按照法定程序转送有权处理的行政机关依法处理,有权处理的行政机关应当在六十日内依法处理。处理期间,中止对具体行政行为的审查。

第二十七条 行政复议机关在对被申请人作出的具体行政行为进行审查时,认为其依据不合法,本机关有权处理的,应当在三十日内依法处理;无权处理的,应当在七日内按照法定程序转送有权处理的国家机关依法处理。处理期间,中止对具体行政行为的审查。

^① ACD。本题题干中只有选项 B 是行政指导行为,属于排除在行政复议受案范围之外的案件,其他行为均不属于行政复议的排除事项,因此都可以提起行政复议。

^② ABCD。本案中首先是派出所不作为(此时派出所具有主体资格),对此,相对人可向派出所的上一级公安机关即区公安分局申请复议,也可以向区政府申请复议,或者直接以派出所为被告提起行政诉讼。题干中,当事人向区公安分局申请复议,但复议机关拒绝受理,《行政复议法》规定,此时可对复议机关的负责人进行行政处分。因此 ABCD 选项都是正确的。





【关联法条】

《复议法实施条例》

第二十六条 依照行政复议法第七条的规定，申请人认为具体行政行为所依据的规定不合法的，可以在对具体行政行为申请行政复议的同时一并提出对该规定的审查申请；申请人在对具体行政行为提出行政复议申请时尚不知道该具体行政行为所依据的规定的，可以在行政复议机关作出行政复议决定前向行政复议机关提出对该规定的审查申请。

考点解析

1. 抽象行政行为的审查范围与审查方式

抽象行政行为的审查是《行政复议法》的重要考点。与行政诉讼不同，在行政复议中，抽象行政行为被部分地、有限地纳入复议范围。所谓部分，是指除法规、规章以外的其他规范性文件可以申请复议；所谓有限，是指相对人不能直接对抽象行政行为申请复议，只能在对具体行政行为不服申请复议的同时，一并要求对其进行审查。具体总结如下：

(1) 审查范围：法规、规章以外的其他规范性文件。这里需要注意的是，有权制定行政法规的国务院，有权制定地方性法规的省级人大及其常委会、省会所在地的市的人大及其常委会和较大的市的人大及其常委会所制定的规定性文件并非都是法规和规章，也有可能是决定或者命令，如果这些规范性文件并不属于法规和规章的级别属性，相对人仍可申请行政复议。

(2) 审查方式：“一并审查”。“一并审查”的含义在于，相对人不能单独对抽象行政行为申请行政复议，只能在对具体行政行为不服申请复议的同时，对该具体行政行为所依据的抽象行政行为一并要求审查。

2. 对违法抽象行政行为的处理

(1) 《行政复议法》第26条与第27条分别规定了在两种不同情形下复议机关对违法抽象行政行为的处理。第26条是申请人对抽象行政行为一并提出复议审查申请，而第27条是申请人并未提出对抽象行政行为的复议审查申请，但复议机关在审查具体行政行为时，认为具体行政行为所依据的抽象行政行为违法而进行的处理。

(2) 对于违法抽象行政行为，复议机关的处理方式是：①有权处理的：30日内处理；②无权处理的：7日内依法定程序转送有权处理机关依法处理。而复议机关是否有权对抽象行政行为进行处理，要看复议机关是否是该抽象行政行为的制定机关或者上级机关，复议机关只有是该规范性文件的制定机关或者上级机关时，才有权对该规范性文件进行处理，否则就应当移送。具体而言，有权处理包括：行政机关对自己发布的规范性文件有权处理；上级人民政府对下级人民政府发布的规定有权处理；各级人民政府对本级工作部门中不受上级机关直接领导的行政机关发布的规定有权处理等。

1. (2002-2-72)^① 刘某对市辖区土地局根据省国土资源厅的规定作出的一项处理决定不服提起行政复议, 同时要求审查该规定的合法性, 在此情况下, 下列说法正确的是:

- A. 市政府作为复议机关无权对省国土资源厅的规定进行处理
- B. 区政府作为复议机关应当将国土资源厅的规定转送市政府处理
- C. 省政府有权对该规定进行处理
- D. 市土地局作为复议机关应当将审查省国土资源厅规定的请求转送省国土资源厅处理

2. (2008-2-84)^② 为严格本地生猪屠宰市场管理, 某县政府以文件形式规定, 凡本县所有猪类屠宰单位和个人, 须在规定的期限内到生猪管理办公室申请办理生猪屠宰证, 违者予以警告或罚款。个体户张某未按文件规定申请办理生猪屠宰证, 生猪管理办公室予以罚款 200 元。下列哪些说法是错误的?

- A. 若张某在对罚款不服申请复议时一并对县政府文件提出审查申请, 复议机关应当转送有权机关依法处理
- B. 某县政府的文件属违法设定许可和处罚, 有权机关应依据《行政处罚法》和《行政许可法》对相关责任人给予行政处分
- C. 生猪管理办公室若以自己名义作出罚款决定, 张某申请复议应以其为被申请人
- D. 若张某直接向法院起诉, 应以某县政府为被告

考点三 复议机关的确定

重点法条

第十二条 对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的, 由申请人选择, 可以向该部门的本级人民政府申请行政复议, 也可以向上一级主管部门申请行政复议。

对海关、金融、国税、外汇管理等实行垂直领导的行政机关和国家安全机关的具体行政行为不服的, 向上一级主管部门申请行政复议。

第十三条 对地方各级人民政府的具体行政行为不服的, 向上一级地方人民政府申请行政复议。

① BCD。本题中被申请人是区土地局, 因此本案的复议机关只能是区政府或者市土地局, 故选项 A 错误; 对于省国土资源厅作出的规定, 因不属于行政法规和规章, 相对人可要求一并进行审查, 但区政府和市土地局都无权对其进行处理, 必须移送有权机关; 这里值得注意的是, 复议机关可将抽象行政行为直接移送给有权处理的机关, 如 D 选项所示, 也可以先移送给上级, 再由上级移送, 如 B 选项所示, 因此选项 BD 正确。而对于省国土资源厅的规定, 省国土资源厅及其上级机关都有权处理, 因此选项 C 正确。

② ABC。本案中生猪屠宰办公室并不具有行政主体资格, 因此其行为应由所属的县政府承担法律责任, 也就是说由县政府做复议的被申请人, 或者以县政府为被告提起行政诉讼, 因此 C 选项错误, 而 D 选项正确。若张某在对罚款不服申请复议时一并对县政府文件提出审查申请, 此时复议机关是市政府, 因此有权对县政府的规定进行处理, 而无须移送, 因此选项 A 错误。《行政处罚法》和《行政许可法》都没有规定违法设定处罚和许可, 应对相关责任人进行处分, 因此选项 B 错误。





对省、自治区人民政府依法设立的派出机关所属的县级地方人民政府的具体行政行为不服的，向该派出机关申请行政复议。

第十四条 对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的，向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼；也可以向国务院申请裁决，国务院依照本法的规定作出最终裁决。

第十五条 对本法第十二条、第十三条、第十四条规定以外的其他行政机关、组织的具体行政行为不服的，按照下列规定申请行政复议：

（一）对县级以上地方人民政府依法设立的派出机关的具体行政行为不服的，向设立该派出机关的人民政府申请行政复议；

（二）对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议；

（三）对法律、法规授权的组织的具体行政行为不服的，分别向直接管理该组织的地方人民政府、地方人民政府工作部门或者国务院部门申请行政复议；

（四）对两个或者两个以上行政机关以共同的名义作出的具体行政行为不服的，向其共同上一级行政机关申请行政复议；

（五）对被撤销的行政机关在撤销前所作出的具体行政行为不服的，向继续行使其职权的行政机关的上一级行政机关申请行政复议。

有前款所列情形之一的，申请人也可以向具体行政行为发生地的县级地方人民政府提出行政复议申请，由接受申请的县级地方人民政府依照本法第十八条的规定办理。

考点解析

1. 复议机关的确定原则

复议机关的确定原则为：以被申请人的上一级行政机关为复议机关。因此，复议机关的确定问题又可转化为对复议被申请人的确定。根据前文所述，复议被申请人的确定是以行为主体是否具有行政主体资格为标准的，如果该具体行政行为的行为主体具有行政主体资格，就可成为复议的被申请人，复议机关就是该被申请人的上一级行政机关。而行政主体资格的确认完全参照前文所述，各级人民政府及其工作部门具有行政主体资格，可以作为复议被申请人，复议机关就是它的上一级行政机关；法律、法规授权组织也具有行政主体资格，可以作为复议被申请人，复议机关就是直接管理该组织的地方人民政府、地方人民政府的工作部门或者国务院部门；行政机关委托的组织不具有行政主体资格，不能作为复议被申请人，只能以委托它的行政机关为被申请人，而复议机关就是委托机关的上一级机关。

2. 对《行政复议法》第12~15条的归纳（见下表）

被申请人	复议机关	例外情形
政府工作部门	本级人民政府或上一级主管部门	上一级主管部门为复议机关（垂直领导的行政部门）

(续表)

被申请人	复议机关	例外情形
各级人民政府	上一级人民政府	省级人民政府设立的派出机关为复议机关（这些派出机关所属的县级人民政府）
国务院部门/省级人民政府	本机关为复议机关	
派出机关	设立派出机关的政府	
派出机构	设立该机构的部门或本级政府	
法律法规授权组织	直接管理该组织的机关	
被撤销的行政机关	继续行使其职权的行政机关的上一级机关	

(1) 我国县级以上政府的工作部门一般为双重领导体制，既隶属于本级人民政府，同时又隶属于上一级主管部门，例如区公安分局，既要接受区政府领导，又要接受市公安局的领导，因此，在确定复议机关时，相对人既可向政府工作部门所属的本级人民政府申请复议，也可向上一级主管部门申请复议。但例外的情形是有些工作部门实行的是垂直领导体制，即这些工作部门并不隶属于某级人民政府，而只服从上级主管部门的领导，诸如海关、金融、国税、外汇管理部门和国家安全机关，对这些工作部门所为的具体行政行为，只能向其上一级主管部门申请行政复议。值得注意的是，近年来国务院批准了一些实行省以下垂直领导的部门，例如工商、地税、质量技术监督、药品监督、国土资源局等，但对于这些部门所为的具体行政行为，原则上仍旧适用复议法中双重领导的规定，即申请人既可以选择向该部门的本级人民政府，也可选择向上一级主管部门申请行政复议。

(2) 对于各级人民政府所为的行政行为，一般应向上一级政府申请行政复议，例外情形是：对省级人民政府所为的具体行政行为，应先向本机关复议，因其上一级政府就是国务院；另外，如果某县级人民政府直接隶属于省、自治区人民政府依法设立的派出机关，对该县级人民政府的具体行政行为不服的，应向该派出机关申请行政复议，而不是省级人民政府。

(3) 对于国务院各部门和省级人民政府所为的具体行政行为，应先向本机关申请复议，因其上一级行政机关为国务院，不应承担太多复议职能；对复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼，也可以向国务院再次申请复议。

(4) 对派出机关所为的具体行政行为不服的，因派出机关具有行政主体资格，可以作为复议的被申请人，因此应向设立该派出机关的人民政府申请行政复议。

(5) 对政府工作部门依法设立的内设机构、新增机构和派出机构作出的具体行政行为不服，此时应看该派出机构有无法律、法规的授权。如果有授权，则意味着该机构具有行政主体资格，能够以自己的名义对外作出行为，可以成为复议的被申请人，因此复议机关就是该机构所属的政府工作部门。但此处值得注意的是，《行政复议法》并没有规定此时只能由机构所属的工作部门为复议机关，相对人向该部门所属的本级地方人民政府申请复议亦可。但如果机构没有法律、法规的授权，就不具有行政主体资格，它也不能以自己的名义对外作出行为，复议的被申请人只能是该机构所属的政府工作部门，而复议机关则是该部门的本级地方人民政府或者是该部门的上一级主管机关。

(6) 示例：

① 派出所是典型的派出机构，原则上并无行政主体资格，因此，派出所作出的行政





行为，应以它所属的公安机关（如区公安分局）为被申请人，此时复议机关就是区公安分局的上一级机关，即区政府和市公安局。

② 但《治安管理处罚法》授权派出所可以进行警告和 500 元以下的罚款，如派出所做的是此类行为，它就具有主体资格，可以做复议的被申请人，复议机关就是派出所所属的上级公安机关，即区公安分局，但《行权复议法》特别规定，此时区公安分局所属的人民政府即区政府也可以作为复议机关，也就是说，在这种情况下，复议机关既可是区公安分局，也可以是区政府。

③ 如果派出所超越了法律授权的幅度范围，例如进行了 1 000 元的罚款，此时被申请人仍旧是派出所，复议机关的确认如同②所示；但如果派出所超越了法律授权的种类范围，例如进行了行政拘留，此时应视为“派出所不具有法律授权”，此时被申请人和复议机关的确认就如同①所示。

(7) 对法律、法规授权的组织，分别向直接管理该组织的行政机关申请复议。因为这类组织很多，其管理关系也很复杂，如大学有部属大学，也有省管大学，需要注意其中的区别。

(8) 复议申请的便民原则。如上所述，《行政复议法》第 15 条规定的复议机关的确定非常复杂，为便于相对人申请行政复议，此条最后一款规定了相应的便民原则，即申请人在无法识别和确定正确的复议机关时，可直接向具体行政行为发生地的县级地方人民政府提出行政复议申请，县级地方人民政府应当自接到该行政复议申请之日起 7 日内转送有关行政复议机关，并告知申请人。

真题演练

1. (2005 - 2 - 47)① A 市某县土地管理局以刘某非法占地建住宅为由，责令其限期拆除建筑，退还所占土地。刘某不服，申请行政复议，下列哪一种说法是正确的？

- A. 复议机关只能为 A 市土地管理局
- B. 若刘某撤回复议申请，则无权再提起行政诉讼
- C. 刘某有权委托代理人代为参加复议
- D. 若复议机关维持某县土地管理局决定，刘某逾期不履行的，某县土地管理局可以自行强制执行

2. (2009 - 2 - 98)② 2002 年底，王某按照县国税局要求缴纳税款 12 万元。2008 年初，王某发现多缴税款 2 万元。同年 7 月 5 日，王某向县国税局提出退税书面申请。7 月 13 日，县国税局向王某送达不予退税决定。王某在复议机关维持县国税局决定后向法院起诉。下列选项正确的是：

- A. 复议机关是县国税局的上一级国税局
- B. 复议机关应自收到王某复议申请书之日起二个月内作出复议决定
- C. 被告为县国税局
- D. 是否适用《税收征收管理法》“纳税人自结算缴纳税款之日起三年内发现的，可以向税务机关要求退还多缴的税款”的规定，是本案审理的焦点之一

① C。本案中县土地管理局只是省级以下垂直领导的机关，因此复议机关既可以是县政府，也可以是市土地管理局，故 A 错误。

② ABCD。国税部门属于实行垂直领导的行政机关，因此对于县国税局所做的行政行为，复议机关只能是县国税局的上一级国税局，故选项 A 正确。

考点四

行政复议的申请人、被申请人与第三人

重点法条

《复议法实施条例》

第五条 依照行政复议法和本条例的规定申请行政复议的公民、法人或者其他组织为申请人。

第六条 合伙企业申请行政复议的，应当以核准登记的企业为申请人，由执行合伙事务的合伙人代表该企业参加行政复议；其他合伙组织申请行政复议的，由合伙人共同申请行政复议。

前款规定以外的不具备法人资格的其他组织申请行政复议的，由该组织的主要负责人代表该组织参加行政复议；没有主要负责人的，由共同推选的其他成员代表该组织参加行政复议。

第七条 股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业合法权益的，可以以企业的名义申请行政复议。

第八条 同一行政复议案件申请人超过5人的，推选1至5名代表参加行政复议。

第九条 行政复议期间，行政复议机构认为申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的，可以通知其作为第三人参加行政复议。

行政复议期间，申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的，可以向行政复议机构申请作为第三人参加行政复议。

第三人不参加行政复议，不影响行政复议案件的审理。

第十条 申请人、第三人可以委托1至2名代理人参加行政复议。申请人、第三人委托代理人的，应当向行政复议机构提交授权委托书。授权委托书应当载明委托事项、权限和期限。公民在特殊情况下无法书面委托的，可以口头委托。口头委托的，行政复议机构应当核实并记录在卷。申请人、第三人解除或者变更委托的，应当书面报告行政复议机构。

第十一条 公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服，依照行政复议法和本条例的规定申请行政复议的，作出该具体行政行为的行政机关为被申请人。

第十二条 行政机关与法律、法规授权的组织以共同的名义作出具体行政行为的，行政机关和法律、法规授权的组织为共同被申请人。

行政机关与其他组织以共同名义作出具体行政行为的，行政机关为被申请人。

第十三条 下级行政机关依照法律、法规、规章规定，经上级行政机关批准作出具体行政行为的，批准机关为被申请人。

第十四条 行政机关设立的派出机构、内设机构或者其他组织，未经法律、法规授权，对外以自己名义作出具体行政行为的，该行政机关为被申请人。

考点解析

《复议法实施条例》中补充规定了关于行政复议申请人与被申请人的有关问题，但大多规定与《若干解释》中关于原告与被告的规定相同，考生在复习时参照《若干解释》





即可。需要特别注意的是：

1. 行政机关与其他组织以共同名义作出具体行政行为的，行政机关为被申请人，而非共同被申请人。
2. 下级行政机关依照法律、法规、规章规定，经上级行政机关批准作出具体行政行为的，批准机关为被申请人。
3. 在行政诉讼中，行政机关的派出机构、内设机构或其他组织只要有法律、法规和规章的授权，即可以自己的名义对外行为并担当被告；但《复议法实施条例》中规定，行政机关设立的派出机构、内设机构或其他组织，只有法律、法规的授权，才可成为被申请人，否则就应以其所属的行政机关为被申请人。

真题演练

(2009-2-45)^① 关于行政复议第三人，下列哪一选项是错误的？

- A. 第三人可以委托一至二名代理人参加复议
- B. 第三人不参加行政复议，不影响复议案件的审理
- C. 复议机关应为第三人查阅有关材料提供必要条件
- D. 第三人与申请人逾期不起诉又不履行复议决定的强制执行制度不同

考点五 行政复议与行政诉讼的关系

重点法条

第十四条 对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的，向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼；也可以向国务院申请裁决，国务院依照本法的规定作出最终裁决。

第十六条 公民、法人或其他组织申请行政复议，行政复议机关已经依法受理的，或者法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议，对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，在法定行政复议期限内不得向人民法院提起行政诉讼。

公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，人民法院已经依法受理的，不得申请行政复议。

第三十条 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。

根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定，省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。

^① D. 复议中的第三人与诉讼中的第三人制度相似，第三人拥有独立的诉讼权利，因此选项 AC 都是正确的，第三人不参加复议，并不影响复议案件的审理，因此选项 B 也是正确的，而第三人逾期不起诉又不履行复议决定的强制执行制度与申请人是相同的，因此选项 D 错误。

对行政复议与行政诉讼的关系，主要把握两个原则：

1. 原则上申请人不服复议决定，均可再提起行政诉讼，但复议终局的除外。

(1) 《行政复议法》中的复议终局情形。

① 对省级人民政府的具体行政行为不服的，在该机关作出复议后，又向国务院申请复议。对《行政复议法》第14条的理解需要特别注意的是，对国务院或省级人民政府的具体行政行为不服的，当事人既可选择复议，也可选择直接起诉，如选择复议则是向本机关复议，此时相对人并非只能先复议；如果当事人选择向本机关复议，除非复议机关的决定是终局的，否则当事人仍旧可以选择直接起诉，或者再向上一级机关即国务院申请复议，如选择向国务院申请复议，则国务院的复议决定是终局的。

② 省级人民政府对自然资源所有权和使用权所做的复议决定。《行政复议法》第30条第2款规定的复议终局是这两年复议法考核的重点，但对于第30条第2款考生应牢记必须进行限制性解释，即必须符合如下条件复议机关的决定才是终局的：其一，复议机关为省、自治区、直辖市人民政府；其二，决定内容为确认自然资源的所有权或者使用权；其三，决定依据是国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征收土地的决定。本条的出题频率非常高，自2002年以来几乎每年司考都会涉及，考生应给予特别关注。

(2) 除《行政复议法》第30条规定的复议终局外，还有一类复议决定也是终局的，即针对出入境处罚决定的复议决定。

根据《公民出境入境管理法》与《外国人入境出境管理法》的规定，中国公民对出入境管理机关作出的拘留决定不服的，或者外国人对其罚款或者拘留处罚决定不服的，既可提起行政诉讼，也可以申请行政复议，如果当事人选择复议的，则复议决定具有终局效力，当事人对此不得再提起行政诉讼。

2. 原则上相对人对具体行政行为不服，既可先申请复议，对复议决定不服再提起诉讼，也可直接提起行政诉讼，但法律规定复议前置的除外。

(1) 《行政复议法》中规定的复议前置案件为第30条第1款行政机关侵犯已经取得的自然资源的所有权或使用权的具体行政行为。

《行政复议法》第30条第1款的复议前置虽然也涉及自然资源的所有权与使用权，但与第2款并不相同。第1款强调的是对行政机关侵犯相对人既得自然资源权利的案件，相对人应先复议，对复议决定不服再提起诉讼。对于这一款同样应进行限制性解释，只有行政机关的具体行政行为侵犯了相对人的既得自然资源所有权与使用权的案件，才应复议前置，除此之外，相对人都可以自由选择先复议或者先诉讼。^①

综上，第30条第1款规定的复议前置必须符合以下两个条件：①必须是行政机关的

① 事实上，对于这一规定，最高人民法院专门于2003年、2005年以批复的形式作出解释：其中，2003年的解释指出，上述条款规定的具体行政行为，必须是行政机关确认自然资源所有权或者使用权的具体行政行为；而对于涉及自然资源权利的行政处罚、行政强制措施等其他具体行政行为提起行政诉讼的，无须复议前置。2005年的解释进一步缩小了复议前置的范围，明确规定只有当事人对自然资源权属发生争议后，行政机关对该权属所作的确权裁决，才需要复议前置，而有关自然资源权利的初始登记，如办法权属证书等行为，不在复议前置之列。但根据历年司考题的相关题目所给出的正确答案，出题人显然并不了解这些新的司法解释，因此考生只要识记《行政复议法》的规定即可。





具体行政行为影响到相对人的自然资源所有权与使用权；②所侵犯的必须是既得的自然资源权利，即当事人被侵犯的这种自然资源权利必须是依法已经明确取得的，是一种既得权利，如果当事人尚未取得这些权利，其受到损害的只是一种可期待的权利。

本条的出题频率一样非常高，是出题人非常偏好出的一类题目。但考生应注意，复议前置与复议终局一样，对相对人的权利影响很大，因此原则上对此都应进行限制性解释，只有完全符合法律规定的前提，才属于复议前置与复议终局。因此，考生切忌看到题干中有“自然资源使用权或所有权”的表述，就马上选择复议前置与复议终局。

(2) 除《行政复议法》第30条第1款规定的复议前置外，实践中需要复议前置的案件还包括纳税争议案件。

如《税收征收管理法》第88条规定，纳税人、扣缴义务人、纳税担保人同税务机关在纳税上发生争议时，必须先依照税务机关的纳税决定缴纳或者解缴税款及滞纳金或者提供相应的担保，然后可以依法申请行政复议；对行政复议决定不服，可以依法向人民法院起诉。当事人对税务机关的处罚决定、强制执行措施或者税收保全措施不服的，可以依法申请行政复议，也可以依法向人民法院起诉。《海关法》第64条规定，纳税义务人同海关发生纳税争议时，应当缴纳税款，并可以依法申请行政复议；对复议决定仍不服的，可以依法向人民法院提起诉讼。

这些所谓的“纳税争议”就是相对人对是否纳税、由谁纳税、纳税金额与纳税方式所产生的争议，除此之外，当事人对税务机关的税务处罚决定、强制执行措施或者税收保全措施不服等情况，既可申请复议，也可直接提起行政诉讼。

(3) 需要注意的是，原《治安管理处罚条例》中规定，当事人不服治安管理处罚决定，必须先申请复议，对复议决定不服的才能提起行政诉讼。但新的《治安管理处罚法》废除了这一规定，按照新的规定，被处罚人对治安管理处罚决定不服的，可以依法申请行政复议或提起行政诉讼，复议不再是诉讼的前置程序。

3. 行政复议与行政诉讼衔接的其他问题（详见《行政复议法》第16条）。

真题演练

1. (2002-2-96)① A市张某到C市购货，因质量问题，张某拒绝支付全部货款，双方发生纠纷后货主即向公安机关告发。C市公安机关遂以诈骗嫌疑将张某已购货物扣留，并对张某采取留置盘问审查措施。两天后释放了张某，但并未返还所扣财物。如张某寻求救济，下列哪种说法是正确的？

- A. 张某可以直接向法院起诉
- B. 张某可先提起复议，对复议决定不服再起诉
- C. 张某只能申请复议，不能提起行政诉讼
- D. 张某既可以直接起诉，也可以先经复议，对复议决定不服再起诉

2. (2004-2-72)② 位于大王乡的多金属硫铁矿区是国家出资勘察形成的大型硫铁矿基地。2003年5月，百乐公司向法定发证机关省国土资源厅申请办理该矿区采矿许可

① ABD。对于治安类的案件，相对人可自由选择先复议后诉讼，也可以直接起诉，因此C选项错误。

② BD。本案中，百乐公司并没有取得采矿权，因此省国土资源厅的发证行为并不属于侵犯“相对人已经取得的自然资源所有权和使用权”的行为，因此无须复议前置，AC选项错误；同时百乐公司既可对省国土资源厅的拒绝发证行为起诉，也可对省国土资源厅向其他公司发证的行为起诉，因此BD选项正确。



证。2003年11月1日，某市国土资源局以解决遗留问题为由向另一家企业强力公司颁发了该矿区的采矿许可证。2004年1月，省国土资源厅答复百乐公司，该矿区已设置矿权，不受理你公司的申请。关于百乐公司的救济途径，下列哪些说法是正确的？

- A. 就省国土资源厅的拒绝发证行为应当先申请行政复议才能提起诉讼
- B. 就省国土资源厅的拒绝发证行为可以直接向人民法院提起诉讼
- C. 就市国土资源局向强力公司的发证行为应当先申请行政复议才能提起诉讼
- D. 就市国土资源局向强力公司的发证行为可以直接向人民法院提起诉讼

3. (2005-2-44)^① 甲省乙市人民政府决定征用乙市某村全部土地用于建设，甲省人民政府作出了批准乙市在该村征用土地的批复。其后，乙市规划建设局授予丁公司拆迁许可证，决定拆除该村一组住户的房屋。一组住户不服，欲请求救济。下列哪一种说法不正确？

- A. 住户对甲省人民政府征用土地的批复不服，应当先申请复议再提起诉讼
- B. 住户可以对乙市人民政府征用补偿决定提起诉讼
- C. 住户可以对乙市规划建设局授予丁公司拆迁许可证的行为提起诉讼
- D. 住户可以请求甲省人民政府撤销乙市规划建设局授予丁公司拆迁许可证的行为

4. (2006-2-41)^② 甲村与乙村相邻，甲村认为乙村侵犯了本村已取得的林地所有权，遂向省林业局申请裁决。省林业局裁决该林地所有权归乙村所有，甲村不服。按照《行政复议法》和《行政诉讼法》规定，关于甲村寻求救济的下列哪种说法是正确的？

- A. 只能申请行政复议
- B. 既可申请行政复议，也可提起行政诉讼
- C. 必须先经过行政复议，才能提起行政诉讼
- D. 只能提起行政诉讼

5. (2007-2-49)^③ 下列哪些情形下当事人必须先申请复议，对复议决定不服的才能提起行政诉讼？

- A. 县政府为汪某颁发集体土地使用证，杨某认为该行为侵犯了自己已有的集体土地使用权
- B. 高某因为偷税被某税务机关处罚，高某不服
- C. 派出所因顾某打架对其作了处罚，顾某认为处罚太重
- D. 对县国土资源局作出的处罚不服

6. (2006-2-80)^④ 李某购买中巴车从事个体客运，但未办理税务登记，且一直未

① A. 省人民政府的征地批复属于行政机关的内部程序行为，并不属于行政诉讼的受案范围，对相对人权利义务产生实质影响的是乙市人民政府的征用补偿决定，以及乙市规划建设局授予丁公司拆迁许可证的行为，相对人可对这两个行为起诉，因此 A 选项错误，BC 选项正确。此外，上级行政机关有权纠正下级机关的违法行为，因此 D 选项正确。

② B. 本题题干中表明，甲村只是自己“认为乙村侵犯了本村已经取得的林地所有权”，而该林地所有权是否真的属于甲村所有，题干并未交代，因此该林地所有权的归属是存有争议的，本案也就不属于《行政复议法》第 30 条所规定的复议前置的情形，因此正确答案为 B。

③ A. 因税收征收问题引发的行政处罚行为、治安管理处罚以及国土资源部门的处罚行为都不属于复议前置的情形，因此 BCD 选项错误；A 选项中表明县政府向他人发证的行为侵犯了相对人已经取得的自然资源使用权，属于复议前置的情形，因此 A 选项正确。

④ AD. 本题中国税局要求李某缴纳税款的争议属于“纳税争议”，而罚款决定、扣押行为均属于一般的税收争议，并不属于复议前置的情形，因此 BC 选项正确，而 A 选项错误，同时国税局扣押李某中巴车的措施，应申请人民法院强制执行，而非交由交通局，因此 D 选项错误。



缴纳税款。某县国税局要求李某限期缴纳税款 1500 元并决定罚款 1000 元。后因李某逾期未缴纳税款和罚款，该国税局将李某的中巴车扣押，李某不服。下列哪些说法是不正确的？

- A. 对缴纳税款和罚款决定，李某应当先申请复议，再提起诉讼
- B. 李某对上述三行为不服申请复议，应向某县国税局的上一级国税局申请
- C. 对扣押行为不服，李某可以直接向法院提起诉讼
- D. 该国税局扣押李某中巴车的措施，可以交由县交通局采取

7. (2008-2-82)^① 肖某提出农村宅基地用地申请，乡政府审核后报县政府审批。肖某收到批件后，不满批件所核定的面积。下列哪些选项是正确的？

- A. 肖某须先申请复议，方能提起行政诉讼
- B. 肖某申请行政复议，复议机关为县政府的上一级政府
- C. 肖某申请行政复议，应当自签收批件之日起 60 日内提出复议申请
- D. 肖某提起行政诉讼，县政府是被告，乡政府为第三人

8. (2008-2-85)^② 某县地税局将个体户沈某的纳税由定额缴税变更为自行申报，并在认定沈某申报税额低于过去纳税额后，要求沈某缴纳相应税款、滞纳金，并处以罚款。沈某不服，对税务机关下列哪些行为可以直接向法院提起行政诉讼？

- A. 由定额缴税变更为自行申报的决定
- B. 要求缴纳税款的决定
- C. 要求缴纳滞纳金的决定
- D. 罚款决定

9. (2009-2-84)^③ 段某拥有两块山场的山林权证。林改期间，王某认为该山场是自家的土改山，要求段某返还。经村委会协调，段某同意把部分山场给予王某，并签订了协议。事后，段某反悔，对协议提出异议。王某请镇政府调处，镇政府依王某提交的协议书复印件，向王某发放了山林权证。段某不服，向县政府申请复议，在县政府作出维持决定后向法院起诉。下列哪些选项是正确的？

- A. 对镇政府的行为，段某不能直接向法院提起行政诉讼
- B. 县政府为本案第三人
- C. 如当事人未能提供协议书原件，法院不能以协议书复印件单独作为定案依据
- D. 如段某与王某在诉讼中达成新的协议，可视为本案被诉具体行政行为发生改变

① BC。县政府审批住宅用地的行为也不属于《行政复议法》所规定的“侵犯公民已经取得的自然资源所有权和使用权”的行为，因此也无须复议前置，因此选项 A 错误；对县政府的行为不服，相对人应向其上一级政府申请复议，因此选项 B 正确，且复议期限为具体行政行为作出后的 60 日内，因此选项 C 正确；本案中，乡政府不是具体行政行为对外的作出机关，对具体行政行为不承担相应的义务，因此，不是该具体行政行为的利害关系人，不是第三人，故 D 选项错误。

② CD。地税局的行为中，将个体户沈某的纳税由定额缴税变更为自行申报以及要求沈某缴纳相应税款的行为属于纳税争议，应当复议前置，而要求缴纳滞纳金以及罚款的行为，都不属于纳税争议，相对人可直接起诉，因此正确答案为 CD。

③ AC。题干中已经表明镇政府向王某发放山林权证的行为，已经侵犯了段某既有的林地所有权，因此属于《行政复议法》所规定的复议前置的情形，对此段某不能直接向法院提起行政诉讼，必须先复议后诉讼，因此选项 A 正确。县政府维持原决定，段某起诉时应以镇政府为被告，但县政府并非本案的第三人，因此选项 B 错误。书证的复印件不能单独作为定案的依据，因此选项 C 正确。如段某与王某在诉讼中达成新的协议，只有经过镇政府书面认可，才可视为被诉具体行政行为发生改变，因此 D 选项错误。

考点六 复议的申请、受理与决定

重点法条

1. 复议申请

第九条第一款 公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起六十日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。

第十一条 申请人申请行政复议，可以书面申请，也可以口头申请；口头申请的，行政复议机关应当当场记录申请人的基本情况、行政复议请求、申请行政复议的主要事实、理由和时间。

【关联法条】

《复议法实施条例》

第十五条 行政复议法第九条第一款规定的行政复议申请期限的计算，依照下列规定办理：

- （一）当场作出具体行政行为的，自具体行政行为作出之日起计算；
- （二）载明具体行政行为的法律文书直接送达的，自受送达人签收之日起计算；
- （三）载明具体行政行为的法律文书邮寄送达的，自受送达人在邮件签收单上签收之日起计算；没有邮件签收单的，自受送达人在送达回执上签名之日起计算；
- （四）具体行政行为依法通过公告形式告知受送达人的，自公告规定的期限届满之日起计算；
- （五）行政机关作出具体行政行为时未告知公民、法人或者其他组织，事后补充告知的，自该公民、法人或者其他组织收到行政机关补充告知的通知之日起计算；
- （六）被申请人能够证明公民、法人或者其他组织知道具体行政行为的，自证据材料证明其知道具体行政行为之日起计算。

行政机关作出具体行政行为，依法应当向有关公民、法人或者其他组织送达法律文书而未送达的，视为该公民、法人或者其他组织不知道该具体行政行为。

第十六条 公民、法人或者其他组织依照行政复议法第六条第（八）项、第（九）项、第（十）项的规定申请行政机关履行法定职责，行政机关未履行的，行政复议申请期限依照下列规定计算：

- （一）有履行期限规定的，自履行期限届满之日起计算；
- （二）没有履行期限规定的，自行政机关收到申请满 60 日起计算。

公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关不履行的，行政复议申请期限不受前款规定的限制。

第二十一条 有下列情形之一的，申请人应当提供证明材料：

- （一）认为被申请人不履行法定职责的，提供曾经要求被申请人履行法定职责而被申请人未履行的证明材料；
- （二）申请行政复议时一并提出行政赔偿请求的，提供受具体行政行为侵害而造成损害的证明材料；





(三) 法律、法规规定需要申请人提供证据材料的其他情形。

2. 复议申请的受理

第十七条第一款 行政复议机关收到行政复议申请后，应当在五日内进行审查，对不符合本法规定的行政复议申请，决定不予受理，并书面告知申请人；对符合本法规定，但是不属于本机关受理的行政复议申请，应当告知申请人向有关行政复议机关提出。

第十八条 依照本法第十五条第二款的规定接受行政复议申请的县级地方人民政府，对依照本法第十五条第一款的规定属于其他行政复议机关受理的行政复议申请，应当自接到该行政复议申请之日起七日内，转送有关行政复议机关，并告知申请人。接受转送的行政复议机关应当依照本法第十七条的规定办理。

第二十条 公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理的，上级行政机关应当责令其受理；必要时，上级行政机关也可以直接受理。

第二十一条 行政复议期间具体行政行为不停止执行；但是，有下列情形之一的，可以停止执行：

- (一) 被申请人认为需要停止执行的；
- (二) 行政复议机关认为需要停止执行的；
- (三) 申请人申请停止执行，行政复议机关认为其要求合理，决定停止执行的；
- (四) 法律规定停止执行的。

3. 复议的审理

第二十二条 行政复议原则上采取书面审查的办法，但是申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时，可以向有关组织和人员调查情况，听取申请人、被申请人和第三人的意见。

第二十三条 行政复议机关负责法制工作的机构应当自行政复议申请受理之日起七日内，将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。被申请人应当自收到申请书副本或者申请笔录复印件之日起十日内，提出书面答复，并提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料。

第二十四条 在行政复议过程中，被申请人不得自行向申请人和其他有关组织或者个人收集证据。

第二十五条 行政复议决定作出前，申请人要求撤回行政复议申请的，经说明理由，可以撤回；撤回行政复议申请的，行政复议终止。

【关联法条】

《复议法实施条例》

第三十三条 行政复议机构认为必要时，可以实地调查核实证据；对重大、复杂的案件，申请人提出要求或者行政复议机构认为必要时，可以采取听证的方式审理。

第三十四条 行政复议人员向有关组织和人员调查取证时，可以查阅、复制、调取有关文件和资料，向有关人员进行询问。

调查取证时，行政复议人员不得少于2人，并应当向当事人或者有关人员出示证件。被调查单位和人员应当配合行政复议人员的工作，不得拒绝或者阻挠。

需要现场勘验的，现场勘验所用时间不计入行政复议审理期限。

第三十八条 申请人在行政复议决定作出前自愿撤回行政复议申请的，经行政复议机构同意，可以撤回。



申请人撤回行政复议申请的，不得再以同一事实和理由提出行政复议申请。但是，申请人能够证明撤回行政复议申请违背其真实意思表示的除外。

第四十条 公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为不服申请行政复议，申请人与被申请人在行政复议决定作出前自愿达成和解的，应当向行政复议机构提交书面和解协议；和解内容不损害社会公共利益和他人合法权益的，行政复议机构应当准许。

第五十条 有下列情形之一的，行政复议机关可以按照自愿、合法的原则进行调解：

（一）公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为不服申请行政复议的；

（二）当事人之间的行政赔偿或者行政补偿纠纷。

当事人经调解达成协议的，行政复议机关应当制作行政复议调解书。调解书应当载明行政复议请求、事实、理由和调解结果，并加盖行政复议机关印章。行政复议调解书经双方当事人签字，即具有法律效力。

调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔的，行政复议机关应当及时作出行政复议决定。

4. 复议决定

第二十八条 行政复议机关负责法制工作的机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查，提出意见，经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后，按照下列规定作出行政复议决定：

（一）具体行政行为认定事实清楚、证据确凿、适用依据正确、程序合法、内容适当的，决定维持；

（二）被申请人不履行法定职责，决定其在一定期限内履行；

（三）具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为；

1. 主要事实不清、证据不足的；

2. 适用依据错误的；

3. 违反法定程序的；

4. 超越或者滥用职权的；

5. 具体行政行为明显不当的。

（四）被申请人不按照本法第二十三条的规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，决定撤销该具体行政行为。

行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为相同或者基本相同的具体行政行为。

第二十九条 申请人在申请行政复议时可以一并提出行政赔偿请求，行政复议机关对符合国家赔偿法的有关规定应当给予赔偿的，在决定撤销、变更具体行政行为或者确认具体行政行为违法时，应当同时决定被申请人依法给予赔偿。

申请人在申请行政复议时没有提出行政赔偿请求的，行政复议机关在依法决定撤销或者变更罚款、撤销违法集资、没收财物、征收财物、摊派费用以及对财产的查封、扣押、



冻结等具体行政行为时，应当同时责令被申请人返还财产，解除对财产的查封、扣押、冻结等措施，或者赔偿相应的价款。

第三十一条 行政复议机关应当自受理申请之日起六十日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外。情况复杂，不能在规定期限内作出行政复议决定的，经行政复议机关的负责人批准，可以适当延长，并告知申请人和被申请人；但是延长期限最多不超过三十日。

行政复议机关作出行政复议决定，应当制作行政复议决定书，并加盖印章。

行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。

第三十二条 被申请人应当履行行政复议决定。

被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的，行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行。

第三十三条 申请人逾期不起诉又不履行行政复议决定的，或者不履行最终裁决的行政复议决定的，按照下列规定分别处理：

（一）维持具体行政行为的行政复议决定，由作出具体行政行为的行政机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行；

（二）变更具体行政行为的行政复议决定，由行政复议机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行。

【关联法条】

《复议法实施条例》

第四十三条 依照行政复议法第二十八条第一款第（一）项规定，具体行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，行政复议机关应当决定维持。

第四十四条 依照行政复议法第二十八条第一款第（二）项规定，被申请人不履行法定职责的，行政复议机关应当决定其在一定期限内履行法定职责。

第四十五条 具体行政行为有行政复议法第二十八条第一款第（三）项规定情形之一的，行政复议机关应当决定撤销、变更该具体行政行为或者确认该具体行政行为违法；决定撤销该具体行政行为或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为。

第四十六条 被申请人未依照行政复议法第二十三条的规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，行政复议机关应当决定撤销该具体行政行为。

第四十七条 具体行政行为有下列情形之一的，行政复议机关可以决定变更：

（一）认定事实清楚，证据确凿，程序合法，但是明显不当或者适用依据错误的；

（二）认定事实不清，证据不足，但是经行政复议机关审理查明事实清楚，证据确凿的。

第四十八条 有下列情形之一的，行政复议机关应当决定驳回行政复议申请：

（一）申请人认为行政机关不履行法定职责申请行政复议，行政复议机关受理后发现该行政机关没有相应法定职责或者在受理前已经履行法定职责的；

（二）受理行政复议申请后，发现该行政复议申请不符合行政复议法和本条例规定的受理条件的。



上级行政机关认为行政复议机关驳回行政复议申请的理由不成立的，应当责令其恢复审理。

第四十九条 行政复议机关依照行政复议法第二十八条的规定责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人应当在法律、法规、规章规定的期限内重新作出具体行政行为；法律、法规、规章未规定期限的，重新作出具体行政行为的期限为 60 日。

公民、法人或者其他组织对被申请人重新作出的具体行政行为不服，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

第五十一条 行政复议机关在申请人的行政复议请求范围内，不得作出对申请人更为不利的行政复议决定。

第五十二条 第三人逾期不起诉又不履行行政复议决定的，依照行政复议法第三十三条的规定处理。

考点解析

1. 复议申请

(1) 复议申请期限：自知道具体行政行为之日起 60 日内，但法律规定的申请期限超过 60 日的除外。《复议法实施条例》第 15 条和第 16 条又对申请期限进行了进一步细化。

(2) 申请形式：口头与书面。

(3) 证明材料：《复议法实施条例》第 21 条对三种特殊情况的申请人应提交相应的证明材料作了规定。

《行政复议法》对复议申请期限的规定体现了对行政机关要求严格，对公民提供更多保护的立法精神。根据该法第 9 条的规定，复议申请期限至少为 60 日，只有法律规定长于 60 日的，才适用特别法的规定。这一点考生应尤为注意。而申请的形式同样采用便民的原则，既可以是口头的，也可以是书面的。

2. 复议申请的受理

(1) 《行政复议法》第 19 条规定的是法律规定复议前置，但复议机关不予受理或者不作任何答复，为保护相对人合法权益，相对人可直接起诉。同理，即使法律没有规定复议是诉讼的前置程序，但相对人选择先申请复议，复议机关决定不予受理或者受理后超过行政复议期限不作答复的，公民、法人或者其他组织也可以自收到不予受理决定书之日起或者行政复议期满之日起 15 日内，依法向人民法院提起行政诉讼。起诉时，相对人既可以就原来的行政争议本身提起诉讼，也可以起诉复议机关的不作为。

(2) 具体行政行为在复议期间的执行（详见《行政复议法》第 21 条）。

3. 复议的审理

(1) 审理程序：以书面审查为原则（详见《行政复议法》第 22 条和《复议法实施条例》第 33~34 条）。

(2) 举证责任。行政复议与行政诉讼一样，均由作为被申请人的行政机关对具体行政行为的合法，承担举证责任。行政机关应举出证明具体行政行为合法的证据、依据和其他有关材料，否则应视为具体行政行为违法。复议中的举证规则与诉讼大体相同，考生可参照复习，具体而言包括：①举证期限：收到申请书副本或申请笔录复印件之日起 10 日内。

②复议期间被申请人自行取证禁止。

(3) 申请人撤回复议申请的处理（详见《行政复议法》第 25 条和《复议法实施条



例》第38条)。对于申请人撤回复议申请的处理,完全可参照诉讼中当事人撤诉的处理:①撤诉申请须经复议机关同意;②申请人撤回行政复议申请的,不得再以同一事实和理由提出行政复议申请。此外,相对人在复议决定作出前撤回复议申请的,如果复议并非诉讼的前置程序,相对人仍有权提起行政诉讼,但法院是否受理,要看相对人是否超过了起诉期限,此时起诉期限的计算按照相对人直接起诉的起诉期限计算。但如果复议是诉讼的前置程序,相对人撤回复议申请,当然也不能再提起行政诉讼。

(4) 复议过程中申请人与被申请人的和解制度。和解制度是《复议法实施条例》中新增的内容,复议中的和解必须满足以下要件:①被申请行为是行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为,而对于羁束决定不能和解,所谓裁量行为是指行政机关对于该行为拥有一定的裁量空间和判断余地,例如,《治安管理处罚法》规定,对某类违法行为,公安机关可以作出警告或200元以下的罚款,而羁束行为是指行政机关对于该行为没有裁量空间;②和解决定是在行政复议决定作出前达成的;③申请人与被申请人自愿达成和解协议;④和解内容不损害社会公共利益和他人合法权益。

(5) 复议的调解。与和解不同,所谓调解是复议机关在申请人与被申请人之间进行的调解。复议的调解适用于两类案件:①被诉具体行政行为是行政机关运用自由裁量权所作的行为;②当事人之间的行政赔偿和行政补偿纠纷。当事人经调解达成协议的,复议机关应当制作复议调解书。如果调解没有达成协议或调解书生效前一方反悔的,复议机关应当及时作出行政复议决定。

4. 复议决定

(1) 复议决定的类型

①《行政复议法》规定的复议决定种类共包括:维持决定、撤销决定、变更决定、确认违法和履行决定五种类型。考生复习时可完全参照诉讼判决类型的相关知识。

②值得注意的是,复议中的变更决定与行政诉讼中的变更判决两者有很大区别。在行政复议活动中,只要具体行政行为主要事实不清、证据不足,或者适用依据错误,或者违反法定程序,或者超越、滥用职权,或者明显不当,复议机关均可作出变更决定。也就是说,在上述情形下,行政复议机关既可将原行为撤销,或者确认其违法,也可以作出一个新的行政行为取代原行为,即作出变更决定。《复议法实施条例》还补充规定,具体行政行为有下列情形之一的,行政复议机关可以决定变更:其一,认定事实清楚,证据确凿,程序合法,但是明显不当或者适用依据错误的;其二,认定事实不清,证据不足,但是经行政复议机关审理查明事实清楚,证据确凿的。而在行政诉讼中,只有在具体行政行为“显失公平”的情形下,法院才能变更原行为。变更决定与变更判决适用条件存在上述差别的原因在于:复议机关是作为被申请人的行政机关的上级机关,因此对被申请人具有全面的监督权;而法院对于作为被告的行政机关只有有限的监督权,只能在法律授权的范围内对行政机关实施监督,而不能在任何情况下均用自己的决定取代行政机关的决定,那样无异于越俎代庖。

③尽管《行政复议法》没有明文规定,但参照《行政诉讼法》及《若干解释》的相关知识,对行政机关不作为申请复议的,有两种可能:一是决定其在一定期限内履行;二是履行已无实际意义的,复议机关应作出确认其不作为违法的决定。其次,如果具体行政行为违法,但复议机关撤销具体行政行为会给公共利益造成重大损失的,复议机关应作出确认违法的决定,同时责令被申请人承担赔偿责任。

④申请人在申请复议时可以一并提出行政赔偿请求,复议机关应予处理;即使申请人未一



并提出行政赔偿请求,复议机关也应当予以处理。因为与司法“不告不理”的被动性不同,行政复议具有主动性,是上级机关对下级机关的全面监督,不受相对人复议请求的限制。

⑤ 考生在有关复议决定的考题中如选择确认违法、变更或撤销、履行决定,都不要忘记可同时决定由行政机关承担赔偿责任。

⑥ 撤销并责令重作决定。《复议法实施条例》中补充规定,复议机关决定撤销该具体行政行为或者确认该具体行政行为违法的,可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为。行政复议机关依照《行政复议法》第28条的规定责令被申请人重新作出具体行政行为的,被申请人应当在法律、法规、规章规定的期限内重新作出具体行政行为;法律、法规、规章未规定期限的,重新作出具体行政行为的期限为60日。公民、法人或者其他组织对被申请人重新作出的具体行政行为不服,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

⑦ 驳回申请人申请的决定。《复议法实施条例》中补充了驳回申请人申请的复议决定类型,它类似于行政诉讼的驳回原告诉讼请求的判决,适用条件为:申请人认为行政机关不履行法定职责申请行政复议,行政复议机关受理后发现该行政机关没有相应法定职责或者在受理前已经履行法定职责的;受理行政复议申请后,发现该行政复议申请不符合行政复议法和本条例规定的受理条件的。

⑧ 禁止加重处罚原则。行政复议机关在申请人的行政复议请求范围内,不得作出对申请人更为不利的行政复议决定。

(2) 复议决定的期限

① 复议决定期限与复议申请期限虽然都是60日,但要求完全相反。复议决定其现实法律规定少于60日的除外,这意味着最长不得超过60日;而复议申请期限则是法律规定长于60日的除外,这意味着至少是60日。这里面体现的仍旧是保护相对人的立法精神。

② 由于行政复议较为复杂,在特殊情形下可以延长。延长期限的基本规则是:一要经负责人批准;二是最多不得超过30日。

(3) 复议决定的执行

对于行政复议决定的执行,申请人与被申请人应采取不同的措施。对于被申请人不履行行政复议决定的,基于行政隶属关系,由行政复议机关或者有关上级行政机关责令其限期履行。对于申请人不履行行政复议决定的,则按照行政领域中法定义务人不履行法定义务的情形进行处理,由行政机关依法强制执行或申请人民法院强制执行。但强制执行的申请人或执行人按照复议决定的类型会有所不同。

真题演练

1. (2009-2-100)① 郑某因某厂欠缴其社会养老保险费,向区社保局投诉。2004年9月22日,该局向该厂送达《决定书》,要求为郑某缴纳养老保险费1万元。同月30日,该局向郑某送达告知书,称其举报一事属实,并要求他缴纳养老保险费(个人缴纳部分)2000元。郑某不服区社保局的《决定书》向法院起诉,法院的生效判决未支持郑某的请求。2005年4月19日,郑某不服告知书向市社保局申请复议,后者作出不予受理决定,

① A. 根据《行政诉讼法》第17条规定,本题并不是复议改变案件,故只有区社保局所在地的法院有管辖权, B 项错误。郑某先是不服区社保局的《决定书》向法院起诉,后是对市社保局不予受理决定不服提起诉讼,并不是重复起诉,故 C 错误。重复处理行为是指行政机关根据公民的申请或者申诉,对原有的生效行政行为作出的没有任何改变的二次决定。本案被诉行为并不是重复处理行为,故 D 错误。



郑某不服提起诉讼。下列选项正确的是：

- A. 郑某向市社保局提出的复议申请已超过申请期限
- B. 区社保局所在地的法院和市社保局所在地的法院对本案均有管辖权
- C. 郑某的起诉属重复起诉
- D. 如郑某对告知书不服直接向法院起诉，法院可以被诉行为系重复处理行为为由不予受理郑某的起诉

2. (2008-2-80)^① 对下列哪些情形，行政复议机关可以进行调解？

- A. 市政府征用某村土地，该村居民认为补偿数额过低申请复议
- B. 某企业对税务机关所确定的税率及税额不服申请复议
- C. 公安机关以张某非法种植罂粟为由对其处以拘留 10 日并处 1 000 元罚款，张某申请复议
- D. 沈某对建设部门违法拆除其房屋的赔偿决定不服申请复议

3. (2002-2-28)^② 张某因不服税务局查封财产决定向上级机关申请复议，要求撤销查封决定，但没有提出赔偿请求。复议机关经审查认为该查封决定违法，决定予以撤销。对于查封决定造成的财产损失，复议机关正确的做法是什么？

- A. 解除查封的同时决定被申请人赔偿相应的损失
- B. 解除查封的同时告知申请人就赔偿问题另行申请复议
- C. 解除查封的同时就损失问题进行调解
- D. 解除查封的同时要求申请人增加关于赔偿额复议申请

4. (2007-2-48)^③ 齐某不服市政府对其作出的决定，向省政府申请行政复议，市政府在法定期限内提交了答辩，但没有提交有关证据、依据。开庭时市政府提交了作出行政行为的法律和事实依据，并说明由于市政府办公场所调整，所以延迟提交证据。下列哪一选项是正确的？

- A. 省政府应接受市政府延期提交的证据材料
- B. 省政府应中止案件的审理
- C. 省政府应撤销市政府的具体行政行为
- D. 省政府应维持市政府的具体行政行为

5. (2008-2-45)^④ 某县政府依田某申请作出复议决定，撤销某县公安局对田某车辆的错误登记，责令在 30 日内重新登记，但某县公安局拒绝进行重新登记。田某可以采取下列哪一项措施？

- A. 申请法院强制执行
- B. 对某县公安局的行为申请行政复议
- C. 向法院提起行政诉讼
- D. 请求某县政府责令某县公安局登记

① ACD。本案中 A 选项涉及行政补偿纠纷，C 选项涉及自由裁量行政行为，D 选项涉及行政赔偿纠纷，因此都可以进行调解，而 B 选项中的行政行为是羁束行政行为，复议机关不能对申请人与被申请人进行调解。

② A。本案中查封措施违法，复议机关应解除查封，虽然申请人在申请复议时未提出赔偿请求，但复议机关应依职权主动作出赔偿决定，这也是复议与诉讼的区别，因此选项 A 正确。本题是 2002 年的真题，但 2007 年最高法已出台《复议法实施条例》，根据这一司法解释，对于行政赔偿纠纷，复议机关可以进行调解，因此若放在现在，选项 C 也是正确的。

③ C。被申请人举证的期限应在提交答辩状时，因此本案中市政府在开庭后才提交证据材料，复议机关不应当接受，且应按照该行为无法律依据而将其撤销，因此选项 C 正确。

④ D。本案中复议机关撤销了被申请人的违法行为，并责令其重新作出具体行政行为，而被申请人拒绝重新作出，属于典型的不履行复议决定的情形，此时申请人可请求复议机关责令被申请人履行复议决定，因此 D 选项正确。

第六讲 《行政诉讼法》

【本讲概要】 行政诉讼的内容要点包括：受案范围；管辖；诉讼参加人；诉讼程序；诉讼中的特殊制度与规则；案件的裁判与执行。

行政诉讼法知识要点可以说是司法考试行政法与行政诉讼法重中之重，分值一般都会在一半以上，对这部分考生应给予特别关注。对行政诉讼法部分的复习，考生应注意如下两点：①在全面系统复习的基础上应有所侧重。行政诉讼脱胎于民事诉讼，很多制度规则都与民事诉讼相同，但行政诉讼又有着鲜明的特点，这些特点都是考试的重点；②在复习行政诉讼知识时，除熟知《行政诉讼法》外，还要紧扣最高人民法院1999年发布的《若干解释》和2002年发布的《证据规定》。这两部司法解释对1989年制定的《行政诉讼法》进行了重大的补充和修改，内容的可考性非常强，而近年的行政诉讼考题也越来越多地考查这两部司法解释，考生在复习时应特别注意。

考点一 具体行政行为合法性审查原则

重点法条

第五条 人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。

考点解析

具体行政行为合法性审查原则是行政诉讼中特有的原则，也是行政诉讼最重要的一项原则。这一原则包含以下两项内容：

1. 行政诉讼原则上只审查具体行政行为，是否属于具体行政行为是衡量是否属于行政诉讼受案范围的重要标准。

2. 行政诉讼以合法性审查为原则、以合理性审查为例外，即法院对行政机关的行政行为一般仅审查其是否合法，而对是否合理一般不予审查。何谓“合法”，原则上可以参照行政诉讼的判决标准，具体包括：①行政机关是否具有法定职权；②事实是否清楚，证据是否确凿；③适用法律是否正确；④是否违反法定程序；⑤是否滥用职权。但合法性审查并非绝对，在某些例外情形下，法院亦可审查具体行政行为的合理性，这一例外就是“行政处罚显失公平的”，法院可判决变更。

具体行政行为合法性审查原则作为行政诉讼的核心原则意义在于：①法院基于《行政诉讼法》的授权，能够通过审理行政案件，监督行政机关依法行使职权；②法院对行政机关的监督必须在法律的授权范围内，只能对具体行政行为的合法性进行监督，而不是像复议机关一样，可以对行政机关进行全面监督。

真题演练

(1998-1-27)^① 甲地 A 公司将 3 辆进口车卖给乙地 B 公司，B 公司将汽车运回期间受到乙地工商局查处。工商局以 A 公司无进口汽车证明，B 公司无准运证从事非法销售运输为由，决定没收 3 辆汽车。A 公司不服该决定提起诉讼。下列哪一内容是本案受理法院的主要审查对象？

- A. 3 辆汽车的性质
- B. A 公司销售行为的合法性
- C. B 公司购买运输行为的合法性
- D. 工商局处罚决定的合法性

考点二 受案范围

重点法条

第十一条 人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：

(一) 对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；

(二) 对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；

(三) 认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；

(四) 认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；

(五) 申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；

(六) 认为行政机关没有依法发给抚恤金的；

(七) 认为行政机关违法要求履行义务的；

(八) 认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

第十二条 人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：

(一) 国防、外交等国家行为；

(二) 行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；

(三) 行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；

(四) 法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

【关联法条】

《若干解释》

第一条 公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。

公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起诉讼的，不属于人民法院行政诉讼的受案范围：

^① D。行政诉讼仅审查行政机关的具体行政行为，因此本案中能够成为法院审查对象的只是工商局处罚决定的合法性。





- (一) 行政诉讼法第十二条规定的行为；
- (二) 公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为；
- (三) 调解行为以及法律规定的仲裁行为；
- (四) 不具有强制力的行政指导行为；
- (五) 驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；
- (六) 对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。

第二条 行政诉讼法第十二条第（一）项规定的国家行为，是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权，以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为，以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为。

第三条 行政诉讼法第十二条第（二）项规定的“具有普遍约束力的决定、命令”，是指行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件。

第四条 行政诉讼法第十二条第（三）项规定的“对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”，是指行政机关作出的涉及该行政机关公务员权利义务的决定。

第五条 行政诉讼法第十二条第（四）项规定的“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”中的“法律”，是指全国人民代表大会及其常务委员会制定、通过的规范性文件。

法学理论

行政诉讼的受案范围是行政诉讼中的特殊问题。相对于民事诉讼与刑事诉讼，法院受理行政案件会受到受案范围的限制，其原因就在于法院对于行政机关的监督权是有限的，只能在法律授权的范围内对行政机关进行监督。因此，判断某个行政争议是否属于行政诉讼的受案范围，就成为行政诉讼面临的首要问题。

《行政诉讼法》与《若干解释》关于行政诉讼受案范围的规范繁多且复杂，考生如果仅进行死记硬背，难以掌握其中关键点。在掌握正确的考试要点前，我们首先来梳理一下上述法律规范的逻辑关联。

1. 法条逻辑关联

《行政诉讼法》与《若干解释》关于行政诉讼受案范围的规范共7条，它们之间存在密切的逻辑关联。《行政诉讼法》对受案范围的规定采取的是正面列举加反面排除的方式。首先，《行政诉讼法》第11条对能够提起行政诉讼的案件进行了正面列举。但考生应明确的是，第11条所列举的案件事实上只具有示范作用，并没有穷尽所有能够提起行政诉讼的案件，也就是说，第11条列举的行政处罚案件、行政强制措施案件、侵犯经营自主权的案件、行政许可案件、行政不作为案件、行政给付案件、违法要求履行义务的案件等都属于实践中较为典型的行政争议，《行政诉讼法》对这些案件的列举仅仅是为了降低《行政诉讼法》的适用难度而进行的正面示范，而能够提起行政诉讼的案件并不仅限于这些。因此，对于第11条考生并不用花精力去记忆。《行政诉讼法》第12条从反面列举了四类明确排除在受案范围之外的案件。相对于第11条，第12条的否定列举具有非常重要的意义。事实上，是否属于行政诉讼的受案范围，一般只要判断是否属于《行政诉讼法》明确排除在受案范围之外的案件即可，只要不属于法律否定列举的事项，原则上均可提起行政诉讼，因此《行政诉讼法》第12条应是考生识记的内容。

《若干解释》对于行政诉讼受案范围的规定共5条，这5条的逻辑关联在于：①第1条

在《行政诉讼法》第12条的基础上，又增加了五类不可诉的行政争议，至此，《行政诉讼法》与《若干解释》共将九类行政争议排除在了行政诉讼的受案范围之外。②从第2条到第5条，《若干解释》又对《行政诉讼法》第12条所列举的不可诉行为进行了详尽的解释。

2. 判断是否属于行政诉讼受案范围的基础思路

如果仅依据《行政诉讼法》第12条的规定，判断是否符合行政诉讼受案范围应遵循两个基本标准：①具体行政行为标准：要看争议行为是否是具有国家行政职权的机关和组织针对具体个案所作的具体的处理决定；②人身权、财产权标准：要看争议行为是否侵犯了公民的人身权和财产权标准。具体行政行为如侵犯的是公民除人身权、财产权以外的其他权利，是否能够提起行政诉讼，要看是否有单行法律、法规的明确规定。

但事实上随着行政诉讼制度的逐渐开放和发展，人身权、财产权标准在行政诉讼的实践中已经逐渐失去作用，法院开始越来越多地受理行政机关侵犯相对人人身权、财产权以外的其他权利的案件。因此，上述判断思路已经不再适用。

综合《行政诉讼法》和《若干解释》，更为正确且实用的判断是否符合行政诉讼受案范围的基础思路应当是：看争议行为是否属于《行政诉讼法》和《若干解释》明确排除在受案范围之外的九类案件，如果不属于，考生就可以大胆作出结论：该争议行为是可诉的。切记对行政诉讼受案范围的判断不能进行正面判断。在实践中，行政行为的种类繁多，考生在考试时间内很难先对该行为的属性进行正确界定，再去比对是否属于《行政诉讼法》第11条的正面列举事项。即使对行为的属性界定正确，如上所述，第11条也只具有示范性作用，并没有穷尽所有，即便不属于第11条的列举范围，也有可能是可诉的。因此，判断是否属于行政诉讼的受案范围，只要从反面排除即可。

3. 不可诉行为列表

综上，对行政诉讼受案范围的判断，事实上转化为对不可诉行为的判断。具体可归纳如下表。

不可诉行为	行为要素	常见考点
国家行为	《若干解释》第2条 高度主权性与政治性	并非所有的国防行为和外交行为都是国家行为
抽象行政行为	《若干解释》第3条 不特定对象、反复使用、具有普遍拘束力	以规范性文件针对具体个案或针对特定事件作出的并非抽象行政行为
内部行政行为	《若干解释》第4条	所有涉及公务员权利义务的决定
终局行政裁决行为	《若干解释》第5条	“法律”应作狭义解释
公安机关的刑事司法行为	《若干解释》第1条 判断标准：行为目的；行为形式（是否具备完整的刑事诉讼法要求的手续）；法律授权	公安机关借刑事侦查为名插手经济纠纷行为非刑事司法行为
民事调解以及民事仲裁行为	《若干解释》第1条	主要指劳动仲裁、人事仲裁
不具有强制力的行政指导行为	《若干解释》第1条	仅有指导外观，但具有强制力的并非指导行为
重复处理行为	《若干解释》第1条	二次行为必须是对原处理决定的完全重复
对权利义务不产生实际影响的行为	《若干解释》第1条	典型：未完成的行为、阶段性行为

1. 国家行为。国家行为是包括行政机关在内的特定国家机关，根据宪法和法律的授权，以国家的名义实施的行为。这些行为具有高度的政治性，因此不在行政法的调整范围内。具体包括：国防行为、外交行为、宣告紧急状态的行为、实施戒严的行为、宣布总动员的行为。值得注意的是，并非所有跟国防、外交有关的行为均是国家行为，例如强制服兵役或者海关对外国人进行处罚等都不是国家行为，只有那些具有高度政治性和主权性的行为才是国家行为。

2. 抽象行政行为。关于抽象行政行为与具体行政行为的区分，前文已有详尽介绍，此处不再赘述。常见的考点是：行政机关以规范性文件的方式作出的行为并不一定就是抽象行政行为，如果它影响到的相对人的范围是可以确定的，仍旧是具体行政行为，仍旧是可诉的。

3. 内部行政行为。《行政诉讼法》规定，“行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”是不可诉的，《若干解释》对这一规定进行扩大解释，“对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定，是指行政机关作出的涉及该行政机关公务员权利义务的决定”。因此，行政机关所有涉及公务员权利义务的决定都是不可诉的。

4. 行政终局裁决行为。所谓行政终局裁决行为是指行政机关作出的决定是最终的，当事人无权再行起诉。值得注意的是，行政终局裁决行为必须是“法律”规定，这里的“法律”应做狭义解释，仅指全国人大和全国人大常委会制定的法律，也就是说，只有最高立法机关才能决定哪些事项，行政机关具有最终的决定权，而行政机关即使是国务院也无权规定行政终局裁决事项。

我国法律规定的行政终局裁决行为主要有：

《公民出境入境管理法》第15条和《外国人入境出境管理法》第29条规定：受公安机关行政处罚，可以向上级机关申诉，由上级公安机关作出最后裁决，或者向人民法院提起行政诉讼。

《行政复议法》第14条规定：对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的，可向作出该具体行政行为的机关申请行政复议，对复议决定不服的，可向国务院申请裁决，国务院作出的裁决为终局裁决；也可向人民法院起诉。

《行政复议法》第30条规定：根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定，省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林等自然资源的所有权和使用权的行政复议决定为最终裁决。

5. 刑事侦查行为。所谓刑事侦查行为，是指公安、国家安全等特定行政机关根据《刑事诉讼法》的授权实施的侦查犯罪的行为，主要包括侦查手段和强制措施。实践中，公安机关具有双重身份，既是行政机关，履行行政管理职能，又是刑事侦查机关，履行刑事侦查职能。而它以刑事侦查机关的身份所为的刑事侦查行为并不属于行政诉讼监督的范围。判断公安机关的行为是否属于刑事侦查行为的依据在于，该行为是否具有《刑事诉讼法》的明确授权，是否符合《刑事诉讼法》所规定的刑事侦查行为的诸项特征，即行为目的是否为了追究犯罪、是否具备完整的刑事诉讼法要求的手续等。在实践中，公安机关存在借刑事侦查为名，干预公民之间的经济纠纷的行为，这类行为并非《刑事诉讼法》授权的刑事侦查行为，而是公安机关违反权力所为的违法行政行为，相对人不服，仍可提起





行政诉讼。

6. 民事调解以及民事仲裁行为。民事调解是行政机关在职权范围内,就平等主体之间发生的民事纠纷所为的调解行为,这类行为对当事人并没有强制力,当事人对调解结果不服,完全可以直接就民事争议提起民事诉讼,而不应将行政机关诉至法庭。同样,行政机关内设的某些仲裁机构,也可以依照法定程序,以中立的第三方的身份对平等主体之间的民事纠纷进行仲裁。在实践中,行政仲裁主要包括劳动仲裁和人事仲裁。这类仲裁活动依据《若干解释》的规定,也是不可诉的。当事人对仲裁结果不服,可直接提起民事诉讼。但此处需要注意的是,行政机关对平等主体之间的民事争议进行的行政裁决,对相对人具有拘束力,相对人不服有权提起行政诉讼。

7. 行政指导行为。行政指导是行政主体向相对人采取指导、劝告、建议、鼓励、警示、倡议等不具有国家强制力的方式,实现行政目的的行为。行政指导因其对相对人没有任何约束力,因此不属于行政诉讼的受案范围。此处值得注意的是,行政指导最重要的属性特征就在于“不具有强制力”,因此《若干解释》的语词表述“不具有强制力的行政指导行为”严格而言存在语义重复,不能就此认为行政指导可分为具有强制力的行政指导与不具有强制力的行政指导,《若干解释》之所以选择这样的语词表述,目的就在于防止实践中,行政机关借“行政指导”为名,对相对人作出具有强制力的行政处理决定,对于这类只具有行政指导外观的行为,相对人仍旧可以提起行政诉讼。

8. 重复处理行为。重复处理行为是行政机关对已经作出的具体行政行为进行强调、重复的行为。重复处理行为只是对先前行为的重复,并没有对相对人的权利义务作出新的调整,因此,相对人也不能对这种重复行为提起诉讼。《若干解释》之所以规定重复处理行为不可诉,目的是为了回避当事人对于已经超过起诉期限的行政行为,通过不断申诉获得行政机关的再次处理而使其“复活”,从而规避行政诉讼的起诉期限。值得注意的是,重复处理行为必须是对先前行为的完全重复,任一变动都不应再视作是重复处理,而应作为新的处理决定,当事人是可诉的。

9. 对相对人的权利义务不产生实际影响的行为。能够起诉的行政行为,必须是对相对人的权利义务已经作出调整,已经产生实际影响的行为,如果某个行为并未对相对人的权利义务产生实际影响,相对人不可诉。典型的未产生实际影响的行为,包括行政机关尚未完成的行为,或者是阶段性的结论或意见,等等。

真题演练

1. (2005-2-98)^① 下列案件属于行政诉讼受案范围的有:

A. 某区房屋租赁管理办公室向甲公司颁发了房屋租赁许可证,乙公司以此证办理程序不合法为由要求该办公室撤销许可证被拒绝。后乙公司又致函该办公室要求撤销许可证,办公室作出“许可证有效,不予撤销”的书面答复。乙公司向法院起诉要求撤销书面答复

B. 某区审计局对丙公司的法定代表人进行离任审计过程中,对丙、丁公司协议合作

^① BCD。选项A中乙公司要求法院撤销书面答复,而此答复是房屋租赁管理办公室对先前拒绝行为的完全重复,属于重复处理行为,不可诉;而BCD选项并不属于行政诉讼法和司法解释所规定的不可诉行为,都是可诉的。值得注意的是,很多考生认为D选项中工商户对通知不能起诉,原因在于题干中表明这些工商户“没有产权证”,但这并不影响诉权,而是关系胜诉权的问题。



开发的某花园工程的财务收支情况进行了审计，后向丙、丁公司发出了丁公司应返还丙公司利润 30 万元的通知。丁公司对通知不服向法院提起诉讼

C. 某市经济发展局根据 A 公司的申请，作出鉴于 B 公司自愿放弃其在某合营公司的股权，退出合营公司，恢复 A 公司在合营公司的股东地位的批复。B 公司不服向法院提起诉讼

D. 某菜市场为挂靠某行政机关的临时市场，没有产权证。某市某区工商局向在该市场内经营的 50 户工商户发出通知，称自通知之日起某菜市场由 C 公司经营，各工商户凭与该公司签订的租赁合同及个人资料申办经营许可证。50 户工商户对通知不服向法院提起诉讼

2. (2004 - 2 - 80)① 下列属于行政诉讼受案范围的是：

A. 张某对其所在的行政机关在年度考核中将其评定为不合格的决定不服

B. 王某在出境时对公安机关对其作出的强制检查决定不服

C. 某小区居民联名要求公安机关取缔该小区内的某个舞厅，公安机关以不属于自己的职权范围为由拒绝。之后该小区居民又致函该公安机关，公安机关又作出不予处理的书面答复。小区居民对此书面答复不服

D. 某市经济发展局根据甲公司的申请，作出要求乙公司推出其与甲公司共同经营的合营公司，恢复甲公司在合营公司股东地位的批复，乙公司对此批复不服

3. (2006 - 2 - 90)② 甲公司与乙公司签订建设工程施工合同，甲公司向乙公司支付工程保证金 30 万元。后由于情况发生变化，原合同约定的工程项目被取消，乙公司也无资金退还甲公司，甲公司向县公安局报案称被乙公司法定代表人王某诈骗 30 万元。公安机关立案后，将王某传唤到公安局，要求王某与甲公司签订了还款协议书，并将扣押的乙公司和王某的财产转交给甲公司后将王某释放。下列说法正确的是：

A. 县公安局的行为有刑事诉讼法明确授权，依法不属于行政诉讼的受案范围

B. 县公安局的行为属于以办理刑事案件为名插手经济纠纷，依法属于行政诉讼的受案范围

C. 乙公司有权提起行政诉讼，请求确认县公安局行为违法并要求国家赔偿，法院应当受理

D. 甲公司获得乙公司还款是基于两公司之间的债权债务关系，乙公司的还款行为有法律依据

4. (2008 - 2 - 44)③ 下列哪一选项不属于行政诉讼的受案范围？

A. 因某企业排污影响李某的鱼塘，李某要求某环保局履行监督职责，遭拒绝后向法院起诉

B. 某市政府发出通知，要求非本地生产乳制品须经本市技术监督部门检验合格方可

① BD。选项 A 属于内部行政行为不可诉，选项 C 是典型的重复处理行为不可诉，而 BD 选项并不属于不可诉行为。

② BC。本案中县公安局的行为属于典型的借刑事侦查为名插手公民的经济纠纷，因此并不属于法律所规定的“刑事司法行为”，是可诉的，因此 BC 选项正确。很多考生同样选择了 D 选项，但很明显，甲乙公司之间虽然存在债权债务关系，但乙公司还款完全是因为公安机关的强制介入，因此 D 选项错误。

③ B。A、C、D 选项都不是行政诉讼明确排除的不可诉行为，因此可诉，而选项 B 市政府发出的通知，针对的是所有的“非本地生产乳制品企业”，因此相对人的范围是不确定的，是典型的抽象行政行为，因此可诉。此处值得注意的是，C 选项中涉及的房屋预售登记行为，并非对相对人的权利不产生实际影响的行为，是可诉的。

在本地销售，违者予以处罚。某外地乳制品企业对通知提起诉讼

C. 刘某与某公司签订房屋预售合同，某区房管局对此进行预售预购登记。后刘某了解到某公司向其销售的房屋系超出规划面积和预售面积房屋，遂以某区房管局违法办理登记为由提起诉讼

D. 《公司登记管理条例》规定，设立公司应当先向工商登记管理机关申请名称预先核准。张某对名称预先核准决定不服提起诉讼

考点三 管辖

重点法条

1. 级别管辖

第十三条 基层人民法院管辖第一审行政案件。

第十四条 中级人民法院管辖下列第一审行政案件：

- (一) 确认发明专利权的案件、海关处理的案件；
- (二) 对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件；
- (三) 本辖区内重大、复杂的案件。

第十五条 高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审行政案件。

第十六条 最高人民法院管辖全国范围内重大、复杂的第一审行政案件。

【关联法条】

《若干解释》

第六条 各级人民法院行政审判庭审理行政案件和审查行政机关申请执行其具体行政行为的案件。

专门人民法院、人民法庭不审理行政案件，也不审查和执行行政机关申请执行其具体行政行为的案件。

第八条 有下列情形之一的，属于行政诉讼法第十四条第（三）项规定的“本辖区内重大、复杂的案件”：

- (一) 被告为县级以上人民政府，且基层人民法院不适宜审理的案件；
- (二) 社会影响重大的共同诉讼、集团诉讼案件；
- (三) 重大涉外或者涉及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的案件；
- (四) 其他重大、复杂案件。

2. 地域管辖

第十七条 行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

第十八条 对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。

第十九条 因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。





【关联法条】

《若干解释》

第七条 复议决定有下列情形之一的，属于行政诉讼法规定的“改变原具体行政行为”：

- （一）改变原具体行政行为所认定的主要事实和证据的；
- （二）改变原具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响的；
- （三）撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为处理结果的。

第九条 行政诉讼法第十八条规定的“原告所在地”，包括原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。

行政机关基于同一事实既对人身又对财产实施行政处罚或者采取行政强制措施的，被限制人身自由的公民、被扣押或者没收财产的公民、法人或者其他组织对上述行为均不服的，既可以向被告所在地人民法院提起诉讼，也可以向原告所在地人民法院提起诉讼，受诉人民法院可一并管辖。

3. 裁定管辖

第二十条 两个以上人民法院都有管辖权的案件，原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼。原告向两个以上有管辖权的人民法院提起诉讼的，由最先收到起诉状的人民法院管辖。

第二十一条 人民法院发现受理的案件不属于自己管辖时，应当移送有管辖权的人民法院。受移送的人民法院不得自行移送。

第二十二条 有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。

人民法院对管辖权发生争议，由争议双方协商解决。协商不成的，报它们的共同上级人民法院指定管辖。

第二十三条 上级人民法院有权审判下级人民法院管辖的第一审行政案件，也可以把自己管辖的第一审行政案件移交下级人民法院审判。

下级人民法院对其管辖的第一审行政案件，认为需要由上级人民法院审判的，可以报请上级人民法院决定。

【关联法条】

《若干解释》

第十条 当事人提出管辖异议，应当在接到人民法院应诉通知之日起十日内以书面形式提出。

对当事人提出的管辖异议，人民法院应当进行审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。

《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》

第二条 当事人以案件重大复杂为由或者认为有管辖权的基层人民法院不宜行使管辖权，直接向中级人民法院起诉，中级人民法院应当根据不同情况在7日内分别作出以下处理：

- （一）指定本辖区其他基层人民法院管辖；
- （二）决定自己审理；



(三) 书面告知当事人向有管辖权的基层人民法院起诉。

第三条 当事人向有管辖权的基层人民法院起诉, 受诉人民法院在 7 日内未立案也未作出裁定, 当事人向中级人民法院起诉, 中级人民法院应当根据不同情况在 7 日内分别作出以下处理:

- (一) 要求有管辖权的基层人民法院依法处理;
- (二) 指定本辖区其他基层人民法院管辖;
- (三) 决定自己审理。

第四条 基层人民法院对其管辖的第一审行政案件, 认为需要由中级人民法院审理或者指定管辖的, 可以报请中级人民法院决定。中级人民法院应当根据不同情况在 7 日内分别作出以下处理:

- (一) 决定自己审理;
- (二) 指定本辖区其他基层人民法院管辖;
- (三) 决定由报请的人民法院审理。

第五条 中级人民法院对基层人民法院管辖的第一审行政案件, 根据案件情况, 可以决定自己审理, 也可以指定本辖区其他基层人民法院管辖。

第六条 指定管辖裁定应当分别送达被指定管辖的人民法院及案件当事人。本规定第四条的指定管辖裁定还应当送达报请的人民法院。

第七条 对指定管辖裁定有异议的, 不适用管辖异议的规定。

考点解析

行政诉讼的管辖分为级别管辖、地域管辖和裁定管辖三类。

1. 级别管辖

中级法院审理的一审行政案件是级别管辖中的重点。《行政诉讼法》规定由中级人民法院作为一审法院的案件有:

- (1) 确认发明专利权案件、海关处理的案件;
- (2) 国务院各部门或省级人民政府为被告的案件;
- (3) 本辖区内的重大复杂案件。

其中专利权案件、海关处理的案件由中级法院作为一审法院在于这类案件审理难度较大, 专业性、技术性要求较强, 同时专利和海关部门的设置也基本上与其他行政工作部门不同, 并非严格按照地方政府的级别设置; 而国务院各部门或省级人民政府由于级别较高, 由它们作被告的案件也由中院为一审法院。《若干解释》又将行政诉讼的审级相应提高, 规定被告为县级以上人民政府的, 均由中院作为一审法院, 且最高人民法院后来出台的司法解释又进一步作出说明, “被告为县级以上人民政府”的案件包括被告为县级人民政府的案件, 但以县级人民政府名义办理不动产权登记的案件可以除外。这些规定都旨在提高行政诉讼的审级, 使行政诉讼摆脱“被告级别高于审理法院”的尴尬境地, 使行政诉讼更加公正。

2. 地域管辖

行政诉讼地域管辖的一般原则是“原告就被告”, 但这一原则只适用于具体行政行为没有为复议机关改变的情形。地域管辖中也会存在一些例外, 具体总结如下表。



	管辖法院	考点
一般情形	最初作出具体行政行为的行政机关所在地法院	
复议机关改变具体行政行为	原机关所在地法院和复议机关所在地法院均有管辖权	《若干解释》第7条的“改变”： (1) 改变主要事实和依据； (2) 改变适用规范并对定性产生影响； (3) 撤销、部分撤销或变更原行为处理结果
限制人身自由的强制措施	原告所在地和被告所在地	“原告所在地”《若干解释》第9条 户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地
既对人身又对财产实施处罚或强制措施	被告所在地和原告所在地	《若干解释》第9条
不动产案件	不动产所在地	

(1) 复议机关改变具体行政行为时出现了双重管辖，即原机关所在地法院和复议机关所在地法院均有管辖权。对于何为“改变”，《若干解释》第7条也进行了解释，包括改变主要事实和依据；改变适用规范并对定性产生影响；撤销、部分撤销或变更原行为处理结果。但复议机关改变具体行政行为只对地域管辖产生影响，对级别管辖是否产生影响要看复议机关的具体级别。

(2) 限制人身自由的案件，为便于当事人起诉，《行政诉讼法》规定既可在原告所在地，也可在被告所在地起诉。其中“原告所在地”包括原告户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。对于“限制人身自由的强制措施”应作广义理解，并不仅限于行政法中所称的强制措施，所有限制人身自由的具体行政行为，例如行政拘留等行政处罚行为都可以适用。原本在《行政诉讼法》制定之初只有限制人身自由的案件，才可由原告所在地法院管辖，实践中就出现了行政机关既对相对人的人身采取强制措施，又对财产实施处罚，此时对财产的处罚，相对人只能选择在被告所在地法院起诉，而对人身的强制措施则可在原告所在地起诉，为避免同一案件分别审理可能带来的矛盾结果，《若干解释》增加规定，如行政机关既对人身又对财产实施处罚或强制措施，相对人均可选择由原告所在地或被告所在地法院管辖，即对财产处罚的部分，相对人也可以在原告所在地法院起诉。

(3) 对地域管辖或级别管辖的考察往往并非分别进行，而要进行综合判断。原则上，应先判断级别，再判断地域。

3. 裁定管辖

行政诉讼中的裁定管辖与民事诉讼相似，既有移送管辖，也有指定管辖和移转管辖。考生在复习时可参照民事诉讼法。

真题演练

1. (2007-2-39)^① 甲、乙两村分别位于某市两县境内，因土地权属纠纷向市政府申请解决，市政府裁决争议土地属于甲村所有。乙村不服，向省政府申请复议，复议机关

^① B。在进行管辖判断时，最后先判断级别管辖，再判断地域管辖，本案中复议机关改变了原机关的行为，因此被告是复议机关省政府，而省政府为被告的案件均由中院为一审法院，本案又涉及不动产，因此地域上是由争议土地所在地的法院管辖，故B选项正确。



确认争议的土地属于乙村所有。甲村不服行政复议决定，提起行政诉讼。下列哪个法院对本案有管辖权？

- A. 争议土地所在地的基层人民法院
- B. 争议土地所在地的中级人民法院
- C. 市政府所在地的基层人民法院
- D. 省政府所在地的中级人民法院

2. (2003-2-74)^① 甲市刘某违反《治安管理处罚条例》，被乙市铁路公安分局给予拘留 10 天的处罚，刘某不服向乙市公安局申请复议，乙市公安局将处罚结果更改为罚款 200 元，刘某不服向法院提起行政诉讼，对本案有管辖权的法院有：

- A. 乙市铁路运输法院
- B. 甲市刘某所在地基层人民法院
- C. 乙市铁路公安分局所在地基层人民法院
- D. 乙市公安局所在地基层人民法院

3. (2005-2-50)^② 王某户籍所在地是甲市 A 区，工作单位所在地是甲市 B 区。2002 年 1 月，王某在乙市出差时因涉嫌嫖娼被乙市 A 区公安分局传唤，后被该公安分局以嫖娼为由处以罚款 500 元。在被处罚以前，王某被留置于乙市 B 区两天。经复议王某对罚款和留置措施提起行政诉讼。下列哪一法院对本案没有管辖权？

- A. 甲市 A 区人民法院
- B. 甲市 B 区人民法院
- C. 乙市 A 区人民法院
- D. 乙市 B 区人民法院

4. (2005-2-45)^③ 黄某在与陈某的冲突中被陈某推倒后摔成轻微伤，甲市乙县公安局以此对陈某作出行政拘留 15 日的决定。陈某不服申请复议，甲市公安局经调查并补充了王某亲眼看到黄某摔伤的证言后维持了原处罚决定。陈某向法院提起诉讼。庭审中，陈某提出该处罚未经过负责人集体讨论，一审法院遂要求被告补充提供该处罚由负责人集体讨论决定的记录。下列哪一种说法是正确的？

- A. 此案应由甲市公安局所在地人民法院管辖
- B. 王某的证言只能作为证明甲市公安局的复议决定合法的证据
- C. 法院要求被告补充记录的做法不符合法律规定
- D. 法院对被告提供的记录形成时间所作的审查属于对证据的关联性审查

5. (2008-2-83)^④ A 市李某驾车送人前往 B 市，在 B 市甲区与乙区居民范某的车相撞，并将后者打伤。B 市甲区公安分局决定扣留李某的汽车，对其拘留 5 日并处罚款 300 元。下列哪些选项是正确的？

- A. 李某可向 B 市公安局申请行政复议

① CD。本案属于复议机关改变原行为的，因此复议机关所在地和原机关所在地的法院均有管辖权，故 CD 选项正确；另本案中虽原机关对刘某作出行政拘留的处罚，但该处罚被复议机关变更，并未执行，因此 B 选项错误。

② B。本案属于典型的行政机关既对相对人的人身采取限制自由的强制措施，又对其财产进行处罚的行为，因此原告所在地和被告所在地法院均有管辖权，原告所在地又包括户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地，在本案中只有甲市 B 区法院不属于上面所列的原告所在地，因此没有管辖权。

③ B。本案中甲市公安局虽维持了原处罚决定，但却补充了证人证言，因此同样属于“复议机关改变具体行政行为”的情形，对此甲市乙县公安机关所在地法院有管辖权，甲市公安机关所在地法院也有管辖权，因此选项 A 错误。

④ AB。本案同样属于行政机关既对相对人的人身采取限制自由的强制措施，又对其财产进行处罚的行为。如果李某申请复议，因原机关是甲区公安分局，因此可向 B 市公安局申请行政复议，A 选项正确；对扣留汽车的行为，李某可向被告所在地法院即甲区法院起诉，B 选项正确；治安类案件并非复议前置，因此 C 选项错误；范某是本案中的受害人，如果他对甲区公安分局的行为不服而起诉，只能向被告所在地法院即甲区法院起诉，行政机关采取的限制人身自由的强制措施并非针对他进行，因此范某所在地的法院无管辖权，故 D 选项错误。



- B. 对扣留汽车行为, 李某可向甲区人民法院起诉
- C. 李某应先申请复议, 方能提起行政诉讼
- D. 范某可向乙区人民法院起诉

6. (2009-2-46)^① 李某从田某处购得一辆轿车, 但未办理过户手续。在一次查验过程中, 某市公安局认定该车系走私车, 予以没收。李某不服, 向省公安厅申请复议, 后者维持了没收决定。李某提起行政诉讼。下列哪一选项是正确的?

- A. 省公安厅为本案的被告
- B. 田某不能成为本案的第三人
- C. 市公安局所在地的法院对本案有管辖权
- D. 省公安厅所在地的法院对本案有管辖权

7. (2009-2-48)^② 某区公安分局以蔡某殴打孙某为由对蔡某拘留十日并处罚款 500 元。蔡某向法院起诉, 要求撤销处罚决定和赔偿损失。一审法院经审理认定处罚决定违法。下列哪一选项是正确的?

- A. 蔡某所在地的法院对本案无管辖权
- B. 一审法院应判决撤销拘留决定, 返还罚款 500 元、按照国家上年度职工日平均工资赔偿拘留十日的损失和一定的精神抚慰金
- C. 如一审法院的判决遗漏了蔡某的赔偿请求, 二审法院应当裁定撤销一审判决, 发回重审
- D. 如蔡某在二审期间提出赔偿请求, 二审法院可以进行调解。调解不成的, 应告知蔡某另行起诉

考点四 行政诉讼当事人

(一) 行政诉讼的原告资格

重点法条

第二十四条 依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。

有权提起诉讼的公民死亡, 其近亲属可以提起诉讼。

有权提起诉讼的法人或者其他组织终止, 承受其权利的法人或者其他组织可以提起诉讼。

第二十六条 当事人一方或者双方为二人以上, 因同一具体行政行为发生的行政案件, 或者因同样的具体行政行为发生的行政案件、人民法院认为可以合并审理的, 为共同诉讼。

【关联法条】

《若干解释》

第十一条 行政诉讼法第二十四条规定的“近亲属”, 包括配偶、父母、子女、兄弟

^① C。本题属于复议机关维持原行为的案件, 此时被告是原机关, 而管辖法院也是原机关所在地的法院, 因此 AD 选项错误, C 正确。

^② D。本案涉及行政机关既对人身采取限制自由的强制措施, 又对财产进行处罚, 因此蔡某所在地的法院有管辖权, A 选项错误。



姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。

公民因被限制人身自由而不能提起诉讼的，其近亲属可以依其口头或者书面委托以该公民的名义提起诉讼。

第十二条 与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼。

第十三条 有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依法提起行政诉讼：

- (一) 被诉的具体行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的；
- (二) 与被诉的行政复议决定有法律上利害关系或者在复议程序中被追加为第三人的；
- (三) 要求主管行政机关依法追究加害人法律责任的；
- (四) 与撤销或者变更具体行政行为有法律上利害关系的。

第十四条 合伙企业向人民法院提起诉讼的，应当以核准登记的字号为原告，由执行合伙企业事务的合伙人作诉讼代表人；其他合伙组织提起诉讼的，合伙人为共同原告。

不具备法人资格的其他组织向人民法院提起诉讼的，由该组织的主要负责人作诉讼代表人；没有主要负责人的，可以由推选的责任人作诉讼代表人。

同案原告为五人以上，应当推选一至五名诉讼代表人参加诉讼；在指定期限内未选定的，人民法院可以依职权指定。

第十五条 联营企业、中外合资或者合作企业的联营、合资、合作各方，认为联营、合资、合作企业权益或者自己一方合法权益受具体行政行为侵害的，均可以自己的名义提起诉讼。

第十六条 农村土地承包人等土地使用权人对行政机关处分其使用的农村集体所有土地的行为不服，可以自己的名义提起诉讼。

第十七条 非国有企业被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的，该企业或者其法定代表人可以提起诉讼。

第十八条 股份企业的股东大会、股东代表大会、董事会等认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业经营自主权的，可以企业名义提起诉讼。

考点解析

1. 行政诉讼原告资格的一般标准

行政诉讼的原告资格是指在行政诉讼中，谁有权作为原告提起行政诉讼，换言之，就是起诉之人是否具有起诉资格。根据《若干解释》第12条的规定，判断原告资格的一般规则是“是否与具体行政行为有法律上的利害关系”。而“法律上的利害关系”应理解为“法律上的权利义务关系”，也就是说，该行为是否对公民、法人或其他组织的权利义务进行了调整或产生了影响，如果确实产生了现实的影响效果，即具备原告资格。与行政行为有法律上利害关系的人并不仅限于行政行为所直接针对的对象，即使行政行为并非针对某人作出，但却对他的权利义务产生了实质性影响，他仍旧具有行政诉讼的原告资格。而《若干解释》第13条中规定的情形均属此类。

2. 行政诉讼原告的特殊情形

(1) 相邻权人。如果行政机关的具体行政行为损害了当事人的相邻权（采光权、通风权、排水权、通行权等），相邻权人均可起诉。

(2) 公平竞争权人。所谓公平竞争权，是指当事人为从事一定行为、获得一定权益而



参加平等竞争的资格与条件。如果行政机关的具体行政行为破坏了公平竞争的环境，使原本平等的当事人处于不平等的境地，当事人有资格进行起诉。

(3) 受害人。如果受害人认为行政机关对加害人的处罚存在违法（一般是受害人认为处罚过轻），此时可提起行政诉讼，要求加重对加害人的处罚。

(4) 与复议或撤销、变更具体行政行为有法律上利害关系的人。此类原告实践中包含两类：①公民、法人或其他组织原本对行政行为并无意见，但该行政行为经复议后被撤销或变更，或者嗣后被作出原行为的机关撤销或变更，公民、法人或其他组织对这种变更结果不服，认为影响了其权利义务，此时有资格提起行政诉讼；②信赖利益人，即行政机关撤销或变更已经生效的具体行政行为时，因为信赖该行为而利益上受到损害的人。

(5) 联营企业、中外合资或合作企业的联营、合资或合作各方。联营企业、中外合资或者合作企业的联营、合资、合作各方，认为联营、合资、合作企业权益或者自己一方合法权益受具体行政行为侵害的，均可以自己的名义提起诉讼。

《若干解释》第13条的立法用意在于：①如果行政机关的具体行政行为侵犯的是联营企业、中外合资或者合作企业的企业利益，按照《民事诉讼法》的规定应以企业的名义起诉，但以企业名义起诉需要所有联营、合资、合作各方的同意，为避免企业投资人的利益受损，《若干解释》赋予在此种情形下联营、合资、合作各方除以企业名义起诉外，还可以自己的名义提起行政诉讼。②如果行政机关的具体行政行为侵犯的只是联营企业、中外合资或者合作企业中联营、合资、合作某一方的权益，其他投资方如不同意以企业名义起诉，此时利益受损的联营、合资、合作方也可以自己的名义直接提起行政诉讼。

(6) 农村土地承包权人。行政机关作出的具体行政行为，涉及农村土地权益的，实践中原由作为土地所有权人的集体经济组织作为原告起诉，为避免集体经济组织怠于行使权利时，使作为直接受决定影响的农村土地承包权人权利受损，《若干解释》特别赋予农村土地承包人作为土地使用权人对行政机关处分其使用的农村集体所有土地的行为，以自己的名义提起诉讼。

(7) 非国有企业或其法定代表人。非国有企业在范围上包括集体企业、私营企业等，如果行政机关通过其行政行为，将非国有企业注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的，该企业或者其法定代表人可以提起行政诉讼。本来行政机关将非国有企业注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的，这些企业在法律上的主体资格即会消灭，而诉权也随之丧失，但《若干解释》为保护这些企业免受行政机关违法行政行为侵害，例外地规定，继续保留这些形式上已经被消灭了主体资格的非国有企业的诉权，允许其借助行政诉讼来审查行政机关消灭其主体资格的行为是否合法。需要注意的是，此时具备原告资格的主体共有两个：一是企业，二是企业的法定代表人。而企业作为原告起诉，其诉权实际上还是通过法定代表人的行为来实现的。但实践中，行政机关消灭企业的主体资格，往往伴随撤销企业法定代表人身份的决定，如果该法定代表人对后一决定起诉，应以自己的身份。

(8) 股份企业的股东大会、股东代表大会、董事会。股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会等认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业经营自主权的，可以企业名义提起诉讼。如果行政机关作出的具体行政行为损害了股份制企业的经营自主权，企业的法定代表人当然可以该企业的名义提起行政诉讼。但是，在有些特殊情况下，法定代表人出于各种原因，却不愿提起行政诉讼，此时企业的内部机构，包括股东大会、股东代表大



会、董事会等，可以企业的名义提起行政诉讼。此处值得注意的是，股份企业能够起诉的内部机构只包括股东大会、股东代表大会和董事会，并不包括个别股东；且这些内部机构起诉时，均应以股份企业的名义。

3. 诉权与胜诉权的区别

另外尤其需要注意的是，行政诉讼的原告只要与具体行政行为有利害关系即可，至于其权益是否合法，是否应予以保护，是否真的因为行政机关的具体行政行为而受到侵害，与行政诉讼的原告资格无关，是法院经过实体审理后应确认的问题。

4. 原告资格的转移

有权提起行政诉讼的公民死亡，或者法人与其他组织终止的，其原告资格可以发生转移。原告资格转移的规则为：有权提起行政诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起诉讼；有权提起诉讼的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或其他组织可以提起诉讼。但值得注意的是，死亡公民的近亲属，以及承受终止法人权利的法人或其他组织是以自己的名义，而非死亡公民或权利终止的法人或其他组织的名义起诉的。只有当公民因被限制人身自由而不能提起诉讼的，其近亲属才可以依其口头或者书面委托以该公民的名义提起诉讼，此时并非原告资格的转移，而是委托起诉。

5. 共同原告

有关共同原告见《行政诉讼法》第26条和《若干解释》第14条规定。

真题演练

1. (2003-2-79)^① 上市公司蓝带公司因严重违规操作被证券监督管理委员会终止股票交易，对于该项决定，能够以蓝带公司名义提起行政诉讼的主体有：

- A. 拥有蓝带公司股票的股民
- B. 蓝带公司的股东代表大会
- C. 蓝带公司的主要债权人
- D. 蓝带公司的董事会

2. (2003-2-80)^② 教育行政部门取消了某甲的办学权，甲对此不服向人民法院提起行政诉讼。正在甲处学习的20个学生因此中断了学习，他们需另外找学校学习，另外租借住房或乘车回家，经济上损失较大。因此，这20个学生也对取消办学权的行政决定提起了行政诉讼，法院是否应当受理这些学生的起诉？

- A. 不应当，因为行政决定并不是针对学生作出的
- B. 不应当，因为行政决定没有直接规定学生的权利义务
- C. 应当，因为该行政决定使学生的合法权益受到损害
- D. 应当，因为取消办学权的行政决定属于具体行政行为

① BD。股份制企业权益受到行政机关具体行政行为侵害，股东大会、股东代表大会和董事会有权以公司名义起诉，而股东和企业的债权人无权起诉，因此正确答案为BD。

② CD。教育行政部门取消某甲的办学权，虽然直接针对的是甲，但在甲处学习的学生的权利亦受此行为影响，与该决定也有法律上的利害关系，因此也有权起诉，同时该决定也属于具体行政行为，所以正确答案为CD。



3. (2005-2-40)^① 一小区已建有 A 幼儿园, 为满足需要, 某区人民政府拟在该小区内再建一所幼儿园, 张某和李某先后向某区人民政府提出申请, 张某获得批准。下列说法正确的是:

- A. 某区人民政府必须在受理李某和张某的申请之日起 20 日内作出批准与否的决定
- B. 某区人民政府按照张某和李某申请的先后顺序作出批准决定是不合法的
- C. 李某有权对某区人民政府批准张某申请的行为提起行政诉讼
- D. A 幼儿园有权对某区人民政府批准再建幼儿园的决定提起行政诉讼

4. (2005-2-99)^② 张某与林某同为甲市田山有限公司的股东, 林某以个人名义在甲市免税进口一辆轿车, 由张某代办各类手续, 平时归张某使用。后张某将轿车卖给甲市国浩公司, 并将所得款 35 万元人民币划入田山有限公司的账户内。甲市某区工商局认为张某的行为构成倒卖国家禁止或者限制自由买卖的物资、物品行为, 决定没收张某销售款; 此后又冻结田山有限公司的账款。张某不服, 向甲市工商局申请复议。甲市工商局以张某的行为构成偷税为由, 维持了原处罚决定。张某遂向法院提起行政诉讼。下列说法不正确的是:

- A. 林某也有权对处罚决定提起行政诉讼
- B. 张某可以田山有限公司的名义提起诉讼
- C. 本案的被告为甲市某区工商局
- D. 冻结账款行为不属于本案的审理对象

5. (2005-2-87)^③ 甲县人民政府在强行拆除乙厂未经批准建造的房屋时, 未及时通知乙厂, 也未制作物品清单, 房屋内的物品被毁损。该强制拆除行为后因违反法定程序被法院判决确认违法。2002 年 12 月, 乙厂被工商部门吊销营业执照, 2003 年 4 月乙厂的企业法人登记被注销。2003 年 1 月乙厂向法院提起行政诉讼, 要求甲县人民政府赔偿建房投入和物品损失。下列哪些说法不正确?

- A. 乙厂具有原告资格
- B. 乙厂提起行政赔偿诉讼的时效为自该强制拆除行为被确认违法之日起两年
- C. 因乙厂被拆房屋为违法建筑, 乙厂的请求不成立
- D. 因甲县人民政府的拆除行为只存在程序违法, 乙厂的请求不成立

6. (2007-2-40)^④ 甲市政府批复同意本市乙区政府征用乙区某村丙小组非耕地 63

① C. 李某与张某在申请行政许可时存在竞争关系, 而区政府批准张某, 未批准李某侵犯了其公平竞争权, 因此李某有权对区政府批准的决定起诉, 因此选项 C 正确。但事实上, 区政府批准张某在小区内再建幼儿园的行为, 也同样侵犯了 A 幼儿园的公平竞争权, 因为小区的生源毕竟有限, 因此 A 幼儿园也有权起诉, 但当年公布的答案中并没有 D 选项。出题人似乎混淆了“诉权”与“胜诉权”的区分。

② ABC. 本题中甲市工商局对张某作出处罚, 都是针对张某的个人行为, 并非针对田山公司, 因此林某作为公司另一股东无权起诉, 张某也无权以公司名义起诉, 故 A、B 选项错误; 本案中张某申请复议, 而市工商局虽维持了原处罚结果, 但却改变了区工商局的处罚理由和依据, 属于“复议机关改变原行为”的情形, 此时应以市工商局为被告, 因此选项 C 错误。

③ BCD. 甲县人民政府强行拆除乙厂房屋的行为, 对乙厂的权利产生了影响, 尽管乙厂之后被工商部门注销, 在法律上已经不存在, 但为保护其合法权益, 《若干解释》仍旧允许其对行政机关的具体行政行为提起行政诉讼, 因此乙厂具有原告资格, A 选项正确; B 选项中乙厂提起行政赔偿请求的时效为自该强制拆除行为被确认违法之日起 2 年, 而非“赔偿诉讼”, 后者仍旧是 3 个月, 因此 B 选项错误, 而 CD 选项理由都不能成立, 也是错误的。

④ B. 本案中袁某等 32 户村民虽然不是土地所有权人, 但属于农村土地使用权人, 因此对行政机关处分其使用的农村集体所有土地的行为有权以自己的名义起诉, 因此选项 B 正确; 而袁某等 32 户村民只是丙小组中的一部分, 并非全部, 因此不能以某村丙小组的名义起诉, 选项 A 错误。本案中究竟应以区政府还是市政府为被告, 应看行政决定对外署名的机关, 而并非一定是上级机关或者下级机关, 因此选项 C 错误。



亩，并将其中 48 亩使用权出让给某公司用于建设商城。该村丙小组袁某等村民认为，征地中有袁某等 32 户村民的责任田 32 亩，区政府虽以耕地标准进行补偿但以非耕地报批的做法违法，遂向法院提起行政诉讼。下列哪一选项是正确的？

- A. 袁某等 32 户村民可以以某村丙小组的名义起诉
- B. 袁某等 32 户村民可以以自己名义起诉
- C. 应当以乙区人民政府为被告
- D. 法院经审理如果发现征地批复违法，应当判决撤销

7. (2007-2-80)^① 区城乡建设局批复同意某银行住宅楼选址，并向其颁发许可证。拟建的住宅楼与张某等 120 户居民居住的住宅楼间距为 9.45 米。张某等 20 人认为该批准行为违反了国家有关规定，向法院提起了行政诉讼。对此，下列哪些选项是错误的？

- A. 因该批准行为涉及张某等人相邻权，故张某等人有权提起行政诉讼
- B. 张某等 20 户居民应当推选 2 至 5 名诉讼代表人参加诉讼
- C. 法院可以通知未起诉的 100 户居民作为第三人参加诉讼
- D. 张某等 20 户居民应当提供符合法定起诉条件的证据材料

8. (2008-2-86)^② 甲厂是某市建筑装潢公司下属的独立核算的集体企业，2007 年 1 月某市建筑装潢公司经批准与甲厂脱离隶属关系。2007 年 4 月，行政机关下达文件批准某市建筑装潢公司的申请，将甲厂并入另一家集体企业乙厂。对此行为，下列何者有权向法院起诉？

- A. 甲厂
- B. 乙厂
- C. 甲厂法定代表人
- D. 乙厂法定代表人

9. (2008-2-100)^③ 甲公司与乙公司开办中外合资企业丙公司，经营房地产。因急需周转资金，丙公司与某典当行签订合同，以某宗国有土地作抵押贷款。典当期满后，丙公司未按约定回赎，某典当行遂与丁公司签订协议，将土地的使用权出售给丁公司。经丁公司申请，2001 年 4 月 17 日市国土局的派出机构办理土地权属变更登记。丙公司未参与变更土地登记过程。2008 年 3 月 3 日甲公司查询土地抵押登记情况，得知该土地使用权已变更至丁公司名下。甲公司对变更土地登记行为不服向法院起诉。下列说法正确的是：

- A. 甲公司有权以自己的名义起诉
- B. 若丙公司对变更土地登记行为不服，应当自 2008 年 3 月 3 日起 3 个月内起诉
- C. 丙公司与某典当行签订的合同是否合法，是本案的审理对象
- D. 对市国土局与派出机构之间的关系性质，法院可以依法调取证据

10. (2009-2-47)^④ 某市工商局发现，某中外合资游戏软件开发公司生产的一种软

① BC。张某等人作为权利受影响的相邻权人，当然有权起诉，因此 A 选项表述正确；《若干解释》规定，同案原告为 5 人以上的，应推选 1 至 5 名诉讼代表人参加诉讼，因此 B 选项错误；行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人的，其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼，法院“应当”通知未起诉的利害关系人以第三人身份参加诉讼，因此 C 选项表述错误；原告应提供证明自己符合法定起诉条件的材料，因此选项 D 表述正确。

② ABCD。本案中行政机关将甲厂强行并入乙厂，对此甲厂和甲厂的法定代表人均有权起诉，同时乙厂作为被并入方，乙厂和乙厂的法定代表人也有权起诉，因此 ABCD 选项都是正确的。

③ AD。本案中甲公司作为中外合资企业中的一方，有权以自己的名义对行政机关侵犯中外合资企业的行为起诉，因此选项 A 正确。

④ B。本案中工商局的行为侵犯中外合资企业的利益，当企业未起诉时，合资方也可以越过企业，以自己的名义起诉，因此 A 选项错误，B 选项正确；因本案中中方不同意起诉，法院受理诉讼后，应通知其作为第三人参加诉讼，因此 C 选项错误；外方投资者既以自己的利益受损起诉，也可以企业的利益受损起诉，因此选项 D 错误。

件带有暴力和色情内容，决定没收该软件，并对该公司处以三万元罚款。中方投资者接受处罚，但外方投资者认为处罚决定既损害了公司的利益也侵害了自己的权益，向法院提起行政诉讼。下列哪一选项是正确的？

- A. 外方投资者只能以合资公司的名义起诉
- B. 外方投资者可以自己的名义起诉
- C. 法院受理外方投资者起诉后，应追加未起诉的中方投资者为共同原告
- D. 外方投资者只能以保护自己的权益为由提起诉讼

(二) 行政诉讼被告的确认

1. 行政诉讼被告确认的一般原则

重点法条

第二十五条 公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，作出具体行政行为的行政机关是被告。

经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。

两个以上行政机关作出同一具体行政行为的，共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告。

由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，该组织是被告。由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告。

行政机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关是被告。

考点解析

行政诉讼的被告确认是行政诉讼中的另一难点问题。如前所述，行政诉讼被告确认的基本规则是“谁行为、谁被告”与“谁主体、谁被告”。①被告必须是涉诉行政行为的实施主体；②被告还必须具有行政主体资格。如果行为主体并不具有主体资格，就应以它所属的具有主体资格的行政机关来担当被告。

综上，行政诉讼被告确认的具体情形可归纳如下表。

	被 告
直接起诉	作出具体行政行为的行政机关
经复议的案件	复议机关维持原行为——原机关为被告
	复议机关改变原行为——复议机关为被告
	复议机关不作复议决定：既可诉原机关的原行为，也可诉复议机关的不作为
两个机关的共同行为	共同被告
法律、法规授权组织的行为	法律、法规授权组织
行政机关委托组织的行为	委托行政机关
被撤销的行政机关的行为	继续行使其职权的行政机关

行政授权与行政委托的被告确认考察非常频繁，考生应注意行政授权和行政委托的区分标准。如前所述，区分“行政授权”还是“行政委托”的依据，并不在于文字表述，



而在于权力来源。前者来源于法律、法规；后者来源于行政机关。近年来考题中常用“行政机关将职权授予某组织”这样的表述来迷惑考生，此时因为权力仍旧来源于行政机关，因此，仍然属于行政委托，而不是行政授权，仍然应以该行政机关为被告。

2. 经复议的案件的被告确认

重点法条

第二十五条第一款 公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，作出具体行政行为的行政机关是被告。

第二十五条第二款 经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。

【关联法条】

《若干解释》

第二十二条 复议机关在法定期间内不作复议决定，当事人对原具体行政行为不服提起诉讼的，应当以作出原具体行政行为的行政机关为被告；当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的，应当以复议机关为被告。

考点解析

经复议的案件的被告确认可分为三种情形：

(1) 复议机关维持原行为，此时发生效力的决定仍为原行政行为，当事人应以原机关为被告。

(2) 复议机关改变原行为，此时发生效力的是复议机关的复议决定，当事人应以复议机关为被告，这里的“改变”根据《若干解释》的规定，包括：改变事实和依据；改变适用规范并对定性产生影响；撤销、部分撤销或变更原行为处理结果。此时应当注意的是，经复议的案件，如复议机关改变原行为，在管辖上既可由原机关所在地的法院管辖，也可由复议机关所在地的法院管辖，而被告只能是复议机关，因此就有可能出现相对人在原机关所在地法院诉复议机关的情形。

(3) 如果复议机关在法定期间内不作复议决定，被告应以当事人起诉的行为为准，如果当事人对原具体行政行为不服提起诉讼的，应当以作出原具体行政行为的行政机关为被告；如果当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的，应当以复议机关为被告。

3. 当事人不服经上级行政机关批准的具体行政行为的被告确认

重点法条

《若干解释》

第十九条 当事人不服经上级行政机关批准的具体行政行为，向人民法院提起诉讼的，应当以在对外发生法律效力的文书上署名的机关为被告。

考点解析

经上级批准的具体行政行为究竟应诉上级机关还是下级机关，应当以在对外发生法律效力的文书上的最终署名为准。

4. 行政机构行为的被告确认

重点法条

《若干解释》

第二十条 行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以组建该机构的行政机关为被告。

行政机关的内设机构或者派出机构在没有法律、法规或者规章授权的情况下，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。

法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织，超出法定授权范围实施行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以实施该行为的机构或者组织为被告。

第二十一条 行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下，授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的，应当视为委托。当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。

考点解析

行政机构的被告确认问题是行政诉讼中被告确认的另一难题。实践中，行政机构大致分三类：新建机构、内设机构和派出机构。而根据《若干解释》的上述规定，这些机构作出行为后，被告确认大体可归纳如下表。

机构类型	被 告
行政机关新建机构	组建该机构的行政机关
无法律、法规、规章授权的内设机构或派出机构	该行政机关
有法律、法规、规章授权的内设机构或派出机构	该机构
行政机关无法律、法规、规章依据对内设机构和派出机构授权	该行政机关

行政机构的被告确认问题具体可归纳如下：

(1) 行政机关新建的不具有独立承担法律责任能力的机构，即“新建机构”所为的行为，以行政机关为被告，因为该机构并不具有行政主体资格。

(2) 行政机关的内设机构和派出机构作为的行为，以该机构为被告还是以所属的行政机关为被告，应看该机构是否有法律、法规和规章的授权，如果有授权，则该机构就具备了行政主体资格，就可以成为自己行为的被告；如果没有授权，则不具备行政主体资格，就应以所属的机关为被告。

(3) 如果行政机关的内设机构和派出机构有法律、法规和规章的授权，但超越了法律、法规和规章授权，此时仍然以该机构为被告。但此处值得注意的是，如何判断是超越职权还是根本没有法律、法规、规章授权呢？如果该机构超出的是授权的幅度范围，属于超越职权，但如果该机构的行为超出的是授权的种类范围，就应该视为根本没有法律、法规和规章的授权。

例如，《治安管理处罚法》授予派出所警告与 500 元以下罚款的行政处罚权。作为派出所的派出所因为有了法律的授权，在进行警告和 500 元以下罚款的处罚时，就具有了





行政主体资格，能够以自己的名义行为并独立承担法律责任，也应由自己来担当被告；如果派出所作出的是 500 元以上的罚款，派出所就超出了法律的授权幅度范围，《若干解释》规定此时仍以派出所为被告，但如果派出所进行的是警告和罚款以外的其他处罚，例如行政拘留，此时应视为派出所没有法律、法规和规章的授权，该行为应以派出所所属的公安机关为被告。另外，如果派出所是不履行法定职责的不作为，当事人在起诉时仍旧应以派出所为被告。

5. 被告不适格的变更和遗漏被告

重点法条

《若干解释》

第二十三条 原告所起诉的被告不适格，人民法院应当告知原告变更被告；原告不同意变更的，裁定驳回起诉。

应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。

考点解析

如果原告起诉的被告并不适格，此时法院有义务通知原告变更被告；如原告不同意变更的，法院既不能按原告起诉的被告继续审理，也不能强行变更，而应裁定驳回起诉。如果原告起诉时遗漏了被告，法院应通知原告追加被告，原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。

真题演练

1. (2005 - 2 - 85)① 金某因举报单位负责人贪污问题遭到殴打，于案发当日向某区公安分局某派出所报案，但派出所久拖不理。金某向区公安分局申请复议，区公安分局以未成立复议机构为由拒绝受理，并告知金某向上级机关申请复议。下列哪些说法是正确的？

- A. 金某可以向某区人民政府申请复议
- B. 金某可以以某派出所为被告向法院提起行政诉讼
- C. 金某可以以某区公安分局为被告向法院提起行政诉讼
- D. 应当对某区公安分局相关责任人给予行政处分

2. (2007 - 2 - 44)② 某派出所以扰乱公共秩序为由扣押了高某的拖拉机。高不服，以派出所为被告提起行政诉讼。诉讼中，法院认为被告应是县公安局，要求变更被告，高不同意。法院下列哪种做法是正确的？

- A. 以派出所为被告继续审理本案
- B. 以县公安局为被告审理本案
- C. 裁定驳回起诉

① ABCD。本案是典型的复议机关不受理复议申请的不作为案件，此时金某可以以原机关派出所为被告向法院起诉（因派出所的行为系不履行法定职责的不作为）；也可以复议机关即区公安分局为被告向法院起诉，因此 BC 选项对于被告的确认都是正确的。

② C。本案中派出所扣押高某的拖拉机，并无法律、法规、规章授权，因此应以派出所所属的县公安局为被告，原告起诉的被告不适格，此时法院应通知原告变更被告，原告不同意的，应裁定驳回起诉，因此 C 选项正确。

D. 裁定终结诉讼

3. (2007-2-82)^① 甲银行与乙公司签订了贷款合同并约定乙以其拥有使用权的土地作抵押。双方在镇政府内设机构镇土地管理所办理了土地使用权抵押登记, 该所出具了《证明》。因乙不能归还到期贷款, 甲经法院强制执行时, 发现乙用于抵押的国有土地使用证系伪造。甲遂对镇土地管理所出具的抵押证明提起行政诉讼。下列哪些选项是正确的?

- A. 本案的被告应当是镇土地管理所
- B. 本案的被告应当是镇政府
- C. 镇土地管理所出具抵押证明的行为是超越职权的行为
- D. 法院应当判决确认抵押证明违法

4. (2004-2-45)^② 在行政诉讼过程中, 下列哪一行为人民法院须征得原告同意才能实施?

- A. 允许被告改变具体行政行为
- B. 通知第三人参加诉讼
- C. 追加被告
- D. 决定合并审理

(三) 行政诉讼第三人

重点法条

第二十七条 同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织, 可以作为第三人申请参加诉讼, 或者由人民法院通知参加诉讼。

【关联法条】

《若干解释》

第二十四条 行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人, 其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼, 人民法院应当通知没有起诉的其他利害关系人作为第三人参加诉讼。

第三人有权提出与本案有关的诉讼主张, 对人民法院的一审判决不服, 有权提起上诉。

考点解析

行政诉讼的第三人与民事诉讼的第三人不同, 并不区分为有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。行政诉讼对第三人的分类可根据诉讼地位的不同而区分为: 类似原告地位的第三人和类似被告地位的第三人。所谓类似原告地位的第三人是指, 公民、法人或其他组织本来具备原告资格, 不过没有起诉, 但由于与涉诉的行政行为有利害关系而参与到行政诉讼的程序当中; 如果一个主体本来应作为被告, 但因为原告没有对其提起诉讼或者因为某些特殊规则限制而未能成为被告, 但也参与到诉讼程序中。具体而言, 在实践

^① BCD。镇土地管理所是镇政府的内设机构, 并无行政主体资格, 因此当事人对该土地管理所的行为不服, 应以镇政府为被告, 因此 B 选项正确。

^② C。法院认为应当追加被告的, 应获得原告的同意, 原告不同意追加的, 应通知其作为第三人参加诉讼, 因此 C 选项正确; 而允许被告改变具体行政行为, 通知第三人参加诉讼, 以及决定合并审理都不需要征得原告同意。





中，类似原告地位的第三人和类似被告地位的第三人可归纳如下。

1. 类似原告地位的第三人

(1) 行政处罚案件中的受害人或加害人。行政处罚案件中，受害人和加害人均有权起诉，如果受害人认为行政机关对加害人的处罚过轻而起诉，加害人就可作为第三人参加诉讼；而加害人如果不服行政机关的行政处罚决定而起诉，受害人也可作为第三人参加诉讼。另外，如果处罚案件中涉及多个被处罚人，部分处罚人起诉的，未起诉的被处罚人也可以作为第三人参加诉讼。

(2) 行政确权、行政裁决或行政许可案件中的第三人。在行政确权和行政裁决案件中，多个民事主体对某项权属产生争议，由行政机关来进行确定，此时如果未获得权益的人提起诉讼，经行政行为获得权益的人就可以作为第三人参加诉讼；在行政许可案件中，如果多个相对人共同竞争一项行政许可，未获得许可的人对行政许可决定起诉时，获得许可权利的相对人就可以作为第三人参加诉讼。

2. 类似被告地位的第三人

(1) 在行政决定中署名的非行政主体。在实践中，某些行政决定可能由行政主体和另一些不具备主体资格的组织共同作出，此时当事人起诉只能以其中的行政主体为被告，而那些非行政主体就应被列为第三人。

(2) 原告起诉时遗漏的行政机关，但法院通知其追加时，原告拒绝追加的，这些被遗漏的“被告”就作为第三人参加行政诉讼。

(3) 被越权的行政机关或作出与被诉行为相矛盾的其他行政机关。如果被诉行政机关涉及行使了其他机关的权力，被越权机关可以作为第三人参加诉讼；另外，如果当事人对某个具体行政行为起诉，而此时还存在其他的行政机关作出了与被诉行为相矛盾的行为，则该机关应作为第三人参加诉讼。

真题演练

(2008-2-82)^① 肖某提出农村宅基地用地申请，乡政府审核后报县政府审批。肖某收到批件后，不满批件所核定的面积。下列哪些选项是正确的？

- A. 肖某须先申请复议，方能提起行政诉讼
- B. 肖某申请行政复议，复议机关为县政府的上一级政府
- C. 肖某申请行政复议，应当自签收批件之日起 60 日内提出复议申请
- D. 肖某提起行政诉讼，县政府是被告，乡政府为第三人

考点五 起诉与受理

(一) 行政复议与行政诉讼的衔接

1. 一般原则

重点法条

第三十七条 对属于人民法院受案范围的行政案件，公民、法人或者其他组织可以先

^① BC。本案中乡政府的行为只是行政行为的内部程序，因此乡政府不能作为独立的第三人参加诉讼，故选项 D 错误。



向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议，对复议不服的，再向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼。

法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议不服再向人民法院提起诉讼的，依照法律、法规的规定。

考点解析

复议与诉讼的衔接关系的一般模式是“以当事人选择为原则，以复议前置为例外”。作为例外，只有单行法律、法规明确规定的才必须复议前置，除此之外，当事人都是可以选择的。考生需要掌握的复议前置参阅《行政复议法》第30条第1款、《税收征收管理法》和《海关法》。

2. 特殊情形处理

(1) 复议前置的特殊情形处理

重点法条

《若干解释》

第三十三条 法律、法规规定应当先申请复议，公民、法人或者其他组织未申请复议直接提起诉讼的，人民法院不予受理。

复议机关不受理复议申请或者在法定期限内不作出复议决定，公民、法人或者其他组织不服，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

考点解析

如果法律、法规规定复议前置，相对人未申请复议而直接提起诉讼，法院不予受理；但如果法律、法规规定复议前置，复议机关不受理或不作决定，相对人起诉，法院应予以受理。此时需要注意的是，相对人在此种情形下，既可以针对复议机关的不作为起诉复议机关，也可以直接起诉原行政行为。

(2) 复议非前置的特殊情形处理

重点法条

《若干解释》

第三十四条 法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织既提起诉讼又申请行政复议的，由先受理的机关管辖；同时受理的，由公民、法人或者其他组织选择。公民、法人或者其他组织已经申请行政复议，在法定复议期间内又向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。

考点解析

如果复议非前置，相对人同时申请复议与提起诉讼，由先受理的机关管辖；如先受理的机关是复议机关，除复议终局外，相对人对复议决定不服，均可再提起行政诉讼，但如果先受理的机关是法院，当事人当然不能在诉讼后再申请行政复议。

如果复议非前置，相对人申请复议后又提起诉讼，法院不予受理。此时法院应静待复议机关作出决定，否则就是对复议机关的不尊重。

国家司法考试
行政法·宪法



(3) 撤回复议申请的处理

重点法条

《若干解释》

第三十五条 法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织向复议机关申请行政复议后，又经复议机关同意撤回复议申请，在法定起诉期限内对原具体行政行为提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

考点解析

如果法律、法规并未规定复议前置，相对人申请复议后又撤回复议申请，再起诉如果仍旧在法定起诉期限内，法院应当受理。此时需要注意的是，这时的起诉期限的计算是按照相对人直接对具体行政行为起诉的期限计算的，而不是按照经复议再起诉的期限计算的。

(二) 起诉期限

1. 一般原则

重点法条

第三十八条 公民、法人或者其他组织向行政机关申请复议的，复议机关应当在收到申请书之日起两个月内作出决定。法律、法规另有规定的除外。

申请人不服复议决定的，可以在收到复议决定书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期满之日起十五日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。

第三十九条 公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起三个月内提出。法律另有规定的除外。

考点解析

行政诉讼的起诉期限分为经复议的起诉期限和直接起诉的起诉期限。①经复议的案件，申请人可以在收到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期满之日起15日内向人民法院提起诉讼。②相对人直接向法院起诉的案件，应当在知道作出具体行政行为之日起3个月内提出。原则上，行政机关作出具体行政行为时，应向当事人送达具体行政行为的决定，并告知其诉讼权利或者起诉期限，也就是说，原则上，当事人接到具体行政行为决定的时间和当事人知道具体行政行为内容的时间以及知道诉讼权利或起诉期限的时间是重合的。因此，《行政诉讼法》规定，起诉期限的起算从知道具体行政行为之日起算。

2. 特殊情形下的起诉期限

重点法条

《若干解释》

第三十九条 公民、法人或其他组织申请行政机关履行法定职责，行政机关在接到申请



之日起六十日内不履行的，公民、法人或者其他组织向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理。法律、法规、规章和其他规范性文件对行政机关履行职责的期限另有规定的，从其规定。

公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政机关履行保护其人身权、财产权的法定职责，行政机关不履行的，起诉期间不受前款规定的限制。

第四十一条 行政机关作出具体行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道具体行政性内容之日起最长不得超过二年。

复议决定未告知公民、法人或者其他组织诉权或者法定起诉期限的，适用前款规定。

第四十二条 公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算，对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过二十年，其他具体行政行为从作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理。

考点解析

如前所述，原则上，行政机关在向相对人送达行政处理决定时，均应告知相对人诉讼权利或者起诉期限。因此，具体行政行为作出的时间、当事人知道具体行政行为内容的时间和当事人知道诉讼权利或者起诉期限的时间三者是重合的。但如果三个时间并不重合，又该如何处理呢？

(1) 行政机关作出具体行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的，在这种情形下，当事人知道具体行政行为的内容时，并不知道诉权或者起诉期限，即当事人知道诉权或者起诉期限的时间，相对知道具体行政行为内容的时间滞后了，此时起诉期限的起算从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算，为3个月的时间。但如果当事人在知道或者应当知道具体行政行为内容之日起2年后才知道诉权或者起诉期限的，其起诉期限已经超过，这和民事诉讼中的除斥期间相同。而当事人真正起诉期间的计算应取3个月的时间与2年时间的交集，这个交集就是最后当事人起诉的实际期限。

示例：2002年4月1日，某乡政府对该乡八户农户作出行政处罚决定，但并未告知其可以提起行政诉讼。2004年2月1日，这八户农户在上访过程中得知对该处罚决定可以起诉。那么这八户农户的起诉期限如何计算呢？

乡政府行政处罚决定的作出时间是2002年4月1日，但处罚决定作出时，当事人并不知道诉权或起诉期限，因此他们的起诉期限最长可延至2004年4月1日。当事人事实上知道诉权和起诉期限的时间是2004年2月1日，其起诉期限的计算是从这个时间起3个月，即从2004年2月1日至2004年5月1日。但如上所述，根据除斥期间的规定，他们的起诉期限最长仅可延续至2004年4月1日，所以这八户农户实际可以行使诉权的期限是从2004年2月1日至2004年4月1日。

(2) 如果行政机关在作出具体行政行为时，根本就没有告知当事人具体行政行为的内容，当事人嗣后才知道行为内容与诉讼权利的，其起诉期限从当事人实际知道或者应当知道该行为内容之日起计算，为3个月的时间，但如果当事人在具体行政行为作出之日起5年后才知道具体行政行为内容的（涉及不动产的在具体行政行为作出之日起20年后才知



道具体行政行为内容的),其起诉期限已经超过,这也和民事诉讼中的除斥期间相同。而当事人真正起诉期间的计算应取3个月的时间与5年时间(或者20年)的交集,这个交集就是最后当事人起诉的实际期限。

示例:张某长期在海外居住,遂将自己在国内某市的房子托其亲属李某照看。李某擅自向房产局申请该房子的产权确认,房产局在未经任何查证的情形下于1987年1月1日将房屋确权给李某。2005年8月1日,张某在回国期间得知自己的房子已被房产局确权给李某。那么张某的起诉期限如何计算呢?

房产局作出房产确认的时间是1987年1月1日,但该决定作出时,当事人张某并不知道该具体行政行为的内容,因涉及不动产,张某的起诉期限最长可延至2007年1月1日。张某在2005年8月1日知道该具体行政行为的内容,因此他的起诉期限从2005年8月1日起算3个月的时间,即从2005年8月1日至2005年11月1日。这段时间也没有超过2007年1月1日的最长保护期限。但如果张某是在2007年1月1日之后才知道该具体行政行为的,就无权再起诉了。

(3) 起诉行政机关不作为的案件。起诉行政机关不作为的案件,其起诉期限包括三种情形:

① 如果法律、法规、规章或其他规范性文件规定了行政机关履行职责的期限,则从该期限届满之日起,当事人可以起诉。

② 如果上述文件没有规定行政机关履行职责的期限,则行政机关在接到申请之日起60日内不履行职责的,当事人可以起诉。也就是说,如果法律、法规、规章或其他规范性文件没有规定行政机关履行职责的期限,那么60日就是一般的履行职责期限。

③ 当事人在紧急情况下请求行政机关履行职责,行政机关不履行的,当事人可以立即起诉,而不用等待60日。例如,相对人向警察申请履行保护人身权、财产权的法定职责,警察不予履行,导致当事人人身权、财产权受损,此时当事人可立即起诉。

3. 判断起诉期限考题的步骤和方法

考点解析

司法考试中,有关起诉期限的考题越来越复杂,题目中出现的期限众多,尤其是当事人不知道诉权或起诉期限的,或者不知道具体行政行为内容的情形,又涉及除斥期间,考生在进行判断时往往非常困难,但如果掌握了判断此类考题的基本步骤和方法,就可以较为容易且正确地解答。

判断此类考题的步骤:①找到被诉行政行为;②找到被诉行政行为的作出时间;③再找当事人知道诉权或起诉期限的时间,或知道具体行政行为内容的时间。

4. 当事人被限制人身自由

重点法条

《若干解释》

第四十三条 由于不属于起诉人自身的原因超过起诉期限的,被耽误的时间不计算在起诉期间内。因人身自由受到限制而不能提起诉讼,被限制人身自由的时间不计算在起诉期间内。

考点解析

限制人身自由的时间不计算在起诉期间内。

真题演练

1. (2005-2-48)^① 1995年田某向原国家专利局申请A发明专利,次年4月与胡某签订“关于创办B厂协议书”。在田某不知情的情况下,1998年4月20日某区工商局根据胡某的申请向胡某颁发了B厂企业法人营业执照,胡某为法定代表人。1999年5月11日,某区工商局根据B厂的申请注销了该厂的登记。2000年10月20日田某向某区工商局了解B厂情况,同年11月2日该局告知该厂登记、注销情况。2003年7月31日国家专利行政部门授予田某A专利权并予以公告。2004年8月10日,田某以某区工商局向胡某颁发企业法人营业执照行为侵犯其专利权为由向法院提起诉讼。下列哪一种说法是正确的?

- A. 田某的专利权保护期自2004年7月31日开始起算
- B. 田某起诉期限自2000年10月20日开始起算
- C. 如果《专利法》对起诉期限有特别规定时,田某提起诉讼的起诉期限应从其规定
- D. 对田某的起诉,法院不予受理

2. (2006-2-47)^② 因甲公司不能偿还到期债务,贷款银行向法院提起民事诉讼。2004年6月7日,银行在诉讼中得知市发展和改革委员会已于2004年4月6日根据申请,将某小区住宅项目的建设业主由甲公司变更为乙公司。后银行认为行政机关的变更行为侵犯了其合法债权,于2006年1月9日向法院提起行政诉讼,请求确认市发展和改革委员会的变更行为违法。下列关于起诉期限的哪种说法符合法律规定?

- A. 原告应当在知道具体行政行为内容之日起5年内提起行政诉讼
- B. 原告应当在知道具体行政行为内容之日起20年内提起行政诉讼
- C. 原告应当在知道具体行政行为内容之日起2年内提起行政诉讼
- D. 原告应当在知道具体行政行为内容之日起3个月内提起行政诉讼

3. (2007-2-87)^③ 秦某租住江某房屋,后伪造江某的身份证和房屋所有权证,将房屋卖给不知情的吴某。房屋登记部门办理过户时未发现材料有假,便向吴某发放了房屋所有权证。江某发现房屋被卖时秦某已去向不明。江某以登记错误为由,提起行政诉讼要

① D. 本题的题干较长,涉及的期限共有9个,另外,很多考生在看到此题时马上认为此题还涉及《专利法》的内容,尤其是《专利法》对起诉期限的特别规定。事实上,在处理这类题时,依照前文介绍的判断步骤,首先要找准当事人起诉的行为。本案中当事人田某起诉的是某区工商局向胡某颁发企业法人营业执照的行为,因此完全跟专利无关,所以本案中有关专利的日期都是以迷惑考生的信息。接下来再找被诉行为的作出时间,为1998年4月20日。本案的情形是行政机关在作出具体行政行为时,当事人并不知道具体行政行为的内容,因此起诉期限从当事人知道具体行政行为的内容之日起3个月内,最长不得超过具体行政行为作出之日后5年。本案中,田某知道具体行政行为的日期为2000年11月2日,因此其起诉期限从2000年11月2日计算3个月时间,截至2001年2月2日。而田某直到2004年8月10日才起诉,超出了起诉期限,法院应当不予受理。

② D. 本题的正确解答甚至不用参照题干,如《若干解释》所述,当事人不知道具体行政行为内容的,应当在知道具体行政行为内容之日起3个月内起诉,因此D选项正确,而5年、20年和2年都是法律规定的除斥期间。

③ AD. 本案中房屋登记部门在作出错误登记时,江某并不知道具体行政行为的内容,因此其起诉期限应自他知道该过户登记之日起计算,但法律规定的最长保护期是20年,也就是说,如江某在房屋登记部门作出登记后的20年后再起诉,即超过法律规定的除斥期间,因此选项D正确;本案中房屋登记部门进行的过户登记违法,法院应判决撤销,因此A选项正确;吴某虽然是善意第三人,但这种制度仅是针对民事主体的,不能针对公权力机关,因此B选项错误;本案虽涉及房屋所有权,但并非《行政复议法》第30条规定的需复议前置的“自然资源所有权和使用权”案件,因此C选项错误。





求撤销登记。下列哪些选项是正确的？

- A. 法院应判决房屋登记部门撤销颁发给吴某的房屋所有权证
- B. 吴某是善意第三人，房屋登记部门不应当撤销给吴某颁发的房屋所有权证
- C. 江某应当先申请行政复议，对复议决定不服的，才能向法院起诉
- D. 江某提起行政诉讼最长期限是 20 年，自房屋登记机关作出过户登记之日起计算

(三) 审查与受理

1. 决定受理期限

重点法条

第四十二条 人民法院接到起诉状，经审查，应当在七日内立案或者作出裁定不予受理。原告对裁定不服的，可以提起上诉。

2. 特殊情形的处理

重点法条

《若干解释》

第三十二条 人民法院应当组成合议庭对原告的起诉进行审查。符合起诉条件的，应当在七日内立案；不符合起诉条件的，应当在七日内裁定不予受理。

七日内能决定是否受理的，应当先予受理；受理后经审查不符合起诉条件的，裁定驳回起诉。

受诉人民法院在七日内既不立案，又不作出裁定的，起诉人可以向上一级人民法院申诉或者起诉。上一级人民法院认为符合受理条件的，应予受理；受理后可以移交或者指定下级人民法院审理，也可以自行审理。

考点解析

(1) 法院在 7 日内不能决定的，为保护相对人的合法权益，应先受理。

(2) 法院在 7 日内受诉法院既不立案，也不作出裁定的，起诉人可向上一级法院申诉或起诉。申诉是针对下级法院既不立案也不作出裁定的行为的，而起诉是将具体行政行为直接诉至上一级法院。

真题演练

(2006-2-87)^① 某省甲市南区人民政府为改造旧城建设，成立一公司负责旧房拆除。郭某因与该公司达不成协议而拒不搬迁。南区人民政府决定对其住房强制拆迁。郭某对强制拆迁行为不服向南区人民法院提出行政诉讼，一个月未得到南区人民法院答复。下列哪些说法是正确的？

- A. 郭某可以向甲市中级人民法院起诉
- B. 郭某可以向甲市中级人民法院申诉
- C. 郭某可以向某省高级人民法院起诉

^① AB。受诉法院在 7 日内既不立案，也不作出裁定的，起诉人可向上一级法院申诉或起诉，因此对南区法院的不予答复，相对人可向甲市中级人民法院申诉或起诉，故选项 AB 正确。

D. 因此案不属行政诉讼受案范围，南区人民法院不予答复是正确的

3. 法院判决撤销具体行政行为

重点法条

《若干解释》

第三十八条 人民法院判决撤销行政机关的具体行政行为后，公民、法人或者其他组织对行政机关重新作出的具体行政行为不服向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理。

考点解析

法院判决撤销具体行政行为后，起诉人对行政机关重新作出的具体行政行为起诉，法院应予受理。

真题演练

(2005-2-41)^① 潘某不服某卫生局的行政处罚决定向法院提起诉讼。诉讼过程中，卫生局撤销了原处罚决定，潘某遂向法院申请撤诉，法院作出准予撤诉的裁定。一周后，卫生局又以同一事实和理由作出了与原处罚决定相同的决定。下列哪一种说法是正确的？

- A. 潘某可以撤回撤诉申请，请求法院恢复诉讼，继续审理该案
- B. 潘某可以对法院所作的准予撤诉裁定提出上诉
- C. 潘某可以申请再审，请求法院撤销准予撤诉的裁定
- D. 潘某可以对卫生局新的处罚决定提起诉讼

4. 相对人起诉时没有持具体行政行为的法律文书的

重点法条

《若干解释》

第四十条 行政机关作出具体行政行为时，没有制作或者送达法律文书，公民、法人或者其他组织不服向人民法院起诉的，只要能证明具体行政行为存在，人民法院应当依法受理。

考点解析

相对人起诉时没有持具体行政行为的法律文书的，只要能证明具体行政行为存在，人民法院应当依法受理。

5. 受理条件与裁定驳回起诉

重点法条

第四十一条 提起诉讼应当符合下列条件：

- (一) 原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织；

^① D. 本案中，法院撤销行政机关的具体行政行为，行政机关又重新作出具体行政行为的，相对人不服提起诉讼，人民法院应当受理，因此选项 D 正确。





- (二) 有明确的被告；
- (三) 有具体的诉讼请求和事实根据；
- (四) 属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

【关联法条】

《若干解释》

第四十四条 有下列情形之一的，应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉：

- (一) 请求事项不属于行政审判权限范围的；
- (二) 起诉人无原告诉讼主体资格的；
- (三) 起诉人错列被告且拒绝变更的；
- (四) 法律规定必须由法定或者指定代理人、代表人为诉讼行为，未由法定或指定代理人、代表人为诉讼行为的；
- (五) 由诉讼代理人代为起诉，其代理不符合法定要求的；
- (六) 起诉超过法定期限且无正当理由的；
- (七) 法律、法规规定行政复议为提起诉讼必经程序而未申请复议的；
- (八) 起诉人重复起诉的；
- (九) 已撤回起诉，无正当理由再行起诉的；
- (十) 诉讼标的为生效判决的效力所羁束的；
- (十一) 起诉不具备其他法定要件的。

前款所列情形可以补正或者更正的，人民法院应当指定期间责令补正或者更正；在指定期间已经补正或者更正的，应当依法受理。

真题演练

(2006-2-50)^① 行政诉讼中，起诉状副本送达被告后，下列关于行政诉讼程序的哪种说法是正确的？

- A. 原告可以提出新的诉讼请求，但变更原诉讼请求的，法院不予准许
- B. 法庭辩论终结前，原告提出新的诉讼请求的，法院应予准许
- C. 法庭辩论终结前，原告提出新的诉讼请求或变更原诉讼请求的，法院应予准许
- D. 原告提出新的诉讼请求的，法院不予准许，但有正当理由的除外

考点六

一审、二审与再审程序

1. 一审程序

重点法条

第四十五条 人民法院公开审理行政案件，但涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的除外。

第四十六条 人民法院审理行政案件，由审判员组成合议庭，或者由审判员、陪审员

^① D。起诉书副本送达被告后，原告提出新的诉讼请求的，原则上法院不予准许，但有正当理由的除外，因此选项 D 正确。



组成合议庭。合议庭的成员，应当是三人以上的单数。

第四十七条 当事人认为审判人员与本案有利害关系或者有其他关系可能影响公正审判，有权申请审判人员回避。

审判人员认为自己与本案有利害关系或者有其他关系，应当申请回避。

前两款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。当事人对决定不服的，可以申请复议。

第五十条 人民法院审理行政案件，不适用调解。

第五十七条 人民法院应当在立案之日起三个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理第一审案件需要延长的，由最高人民法院批准。

考点解析

行政诉讼的一审程序基本上与民事诉讼相同，需要注意的地方不多，主要是：

(1) 人民法院审理行政案件，不适用调解。

(2) 人民法院应当在立案之日起3个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理第一审案件需要延长的，由最高人民法院批准。

2. 二审程序

重点法条

第五十八条 当事人不服人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。逾期不提起上诉的，人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。

第五十九条 人民法院对上诉案件，认为事实清楚的，可以实行书面审理。

第六十条 人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起两个月内作出终审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理上诉案件需要延长的，由最高人民法院批准。

第六十一条 人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：

(一) 原判决认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决驳回上诉，维持原判；

(二) 原判决认定事实清楚，但适用法律、法规错误的，依法改判；

(三) 原判决认定事实不清，证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审，也可以查清事实后改判。当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

【关联法条】

《若干解释》

第六十七条 第二审人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的裁判和被诉具体行政行为是否合法进行全面审查。

当事人对原审人民法院认定的事实有争议的，或者第二审人民法院认为原审人民法院认定事实不清楚的，第二审人民法院应当开庭审理。



第七十条 第二审人民法院审理上诉案件, 需要改变原审判决的, 应当同时对被诉具体行政行为作出判决。

第七十一条 原审判决遗漏了必须参加诉讼的当事人或者诉讼请求的, 第二审人民法院应当裁定撤销原审判决, 发回重审。

原审判决遗漏行政赔偿请求, 第二审人民法院经审查认为依法不应当予以赔偿的, 应当判决驳回行政赔偿请求。

原审判决遗漏行政赔偿请求, 第二审人民法院经审理认为依法应当予以赔偿的, 在确认被诉具体行政行为违法的同时, 可以就行政赔偿问题进行调整; 调整不成的, 应当就行政赔偿部分发回重审。

当事人在第二审期间提出行政赔偿请求的, 第二审人民法院可以进行调整; 调整不成的, 应当告知当事人另行起诉。

考点解析

行政诉讼的二审程序需要特别注意的是:

(1) 二审法院对于行政诉讼的上诉案件, 既审查一审判决, 也审查被诉具体行政行为, 不受上诉理由的限制; 需要改变原审判决的, 应当同时对被诉具体行政行为作出判决。

(2) 二审的方式是书面审查与开庭审理相结合的形式, 对于事实清楚的, 法院可以书面审查; 当事人对一审法院认定的事实有争议的, 或者二审法院认为原审法院认定事实不清楚的, 应当开庭审理。

(3) 二审遗漏诉讼请求的处理 (这个考点的出题频率很高, 考生应格外注意), 具体分为三类:

① 原审判决遗漏当事人或诉讼请求, 撤销原判, 发回重审。

② 原审判决遗漏行政赔偿请求的, 二审法院应对是否赔偿作出处理, 二审法院认为依法不应当予以赔偿的, 应当判决驳回行政赔偿请求; 第二审人民法院经审理认为依法应当予以赔偿的, 在确认被诉具体行政行为违法的同时, 可以就行政赔偿问题进行调整; 调整不成的, 应当就行政赔偿部分发回重审。

③ 当事人在二审提出赔偿请求, 二审法院可以调整, 调整不成, 当事人另行起诉。

真题演练

1. (2003-2-97)^① 公安局对甲作出治安拘留 10 天处罚决定后随即执行。甲申请复议, 上级公安局作出维持原处罚的复议决定, 甲向法院提起诉讼, 第一审法院判决维持拘留决定, 甲在上诉中又提出行政赔偿请求。第二审人民法院经审理, 认定公安局对甲的拘留违法, 应如何处理此案?

A. 撤销第一审判决, 并撤销拘留决定, 判令公安局赔偿甲的损失

B. 撤销第一审判决, 并确认拘留决定违法, 就赔偿问题进行调整, 调整不成应将全案发回重审

① D. 本案中二审法院认为行政拘留决定违法, 应撤销原判, 并撤销争议具体行政行为, 因此选项 B、C 错误; 相对人在二审中提出赔偿请求的, 法院应该进行调整, 调整不成的, 告知当事人另行起诉, 因此选项 D 正确。



C. 撤销第一审判决, 并确认拘留决定违法, 就赔偿问题进行调整, 调解不成应将行政赔偿部分发回重审

D. 撤销第一审判决, 并撤销拘留决定, 并就赔偿问题进行调整, 调解不成的, 告知甲就赔偿问题另行起诉

2. (2007-2-93)^① 某公司提起行政诉讼, 要求撤销区教育局作出的《关于不同意申办花蕾幼儿园的批复》, 并要求法院判令该局在 20 日内向花蕾幼儿园颁发独立的《办学许可证》。一审法院经审理后作出确认区教育局批复违法的判决, 但未就颁发《办学许可证》的诉讼请求作出判决。该公司不服一审判决, 提起上诉。下列说法正确的是:

A. 二审法院应当裁定撤销一审判决

B. 二审法院应当维持一审判决

C. 二审法院可以裁定发回一审法院重审

D. 二审法院应当裁定发回一审法院重审, 一审法院应当另行组成合议庭进行审理

3. 再审程序

重点法条

第六十二条 当事人对已经发生法律效力的判决、裁定, 认为确有错误的, 可以向原审人民法院或者上一级人民法院提出申诉, 但判决、裁定不停止执行。

第六十三条 人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定, 发现违反法律、法规规定认为需要再审的, 应当提交审判委员会决定是否再审。

上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定, 发现违反法律、法规规定的, 有权提审或者指令下级人民法院再审。

第六十四条 人民检察院对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定, 发现违反法律、法规规定的, 有权按照审判监督程序提出抗诉。

【关联法条】

《若干解释》

第七十二条 有下列情形之一的, 属于行政诉讼法第六十三条规定的“违反法律、法规规定”:

(一) 原判决、裁定认定的事实主要证据不足;

(二) 原判决、裁定适用法律、法规确有错误;

(三) 违反法定程序, 可能影响案件正确裁判;

(四) 其他违反法律、法规的情形。

第七十三条 当事人申请再审, 应当在判决、裁定发生法律效力后二年内提出。

当事人对已经发生法律效力的行政赔偿调解书, 提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律规定的, 可以在二年内申请再审。

第七十四条 人民法院接到当事人的再审申请后, 经审查, 符合再审条件的, 应当立案并及时通知各方当事人; 不符合再审条件的, 予以驳回。

第七十五条 对人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的案件, 人民法院应当再审。

^① AD。原审判决遗漏了必须参加诉讼的当事人或诉讼请求的, 二审法院应当裁定撤销原判, 发回重审, 因此正确选项为 AD。



人民法院开庭审理抗诉案件时，应当通知人民检察院派员出庭。

第七十六条 人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定是由第一审人民法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的判决、裁定是由第二审人民法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定；上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

第七十七条 按照审判监督程序决定再审的案件，应当裁定中止原判决的执行；裁定由院长署名，加盖人民法院印章。

上级人民法院决定提审或者指令下级人民法院再审的，应当作出裁定，裁定应当写明中止原判决的执行；情况紧急的，可以将中止执行的裁定口头通知负责执行的人民法院或者作出生效判决、裁定的人民法院，但应当在口头通知后十日内发出裁定书。

第七十八条 人民法院审理再审案件，认为原生效判决、裁定确有错误，在撤销原生效判决或者裁定的同时，可以对生效判决、裁定的内容作出相应裁判，也可以裁定撤销生效判决或者裁定，发回作出生效判决、裁定的人民法院重新审判。

第七十九条 人民法院审理二审案件和再审案件，对原审法院受理、不予受理或者驳回起诉错误的，应当分别情况作如下处理：

（一）第一审人民法院作出实体判决后，第二审人民法院认为不应当受理的，在撤销第一审人民法院判决的同时，可以发回重审，也可以径行驳回起诉；

（二）第二审人民法院维持第一审人民法院不予受理裁定错误的，再审法院应当撤销第一审、第二审人民法院裁定，指令第一审人民法院受理；

（三）第二审人民法院维持第一审人民法院驳回起诉裁定错误的，再审法院应当撤销第一审、第二审人民法院裁定，指令第一审人民法院审理。

第八十条 人民法院审理再审案件，发现生效裁判有下列情形之一的，应当裁定发回作出生效判决、裁定的人民法院重新审理：

（一）审理本案的审判人员、书记员应当回避而未回避的；

（二）依法应当开庭审理而未经开庭即作出判决的；

（三）未经合法传唤当事人而缺席判决的；

（四）遗漏必须参加诉讼的当事人的；

（五）对与本案有关的诉讼请求未予裁判的；

（六）其他违反法定程序可能影响案件正确裁判的。

第八十一条 再审案件按照第一审程序审理的，适用行政诉讼法第五十七条规定的审理期限。

再审案件按照第二审程序审理的，适用行政诉讼法第六十条规定的审理期限。

考点解析

行政诉讼的再审程序亦与民事诉讼相同，需要注意的问题有：

（1）审理内容。再审法院应当全面审查原审判决与被诉的具体行政行为。

（2）审理程序。再审案件一般适用原审程序。

（3）审理方式。再审原则上均按照原审方式进行，原审开庭审理的再审也开庭审理，

原审书面审理的再审也书面审理。

真题演练

(2008-4-1) **案情：**因某市某区花园小区进行旧城改造，区政府作出《关于做好花园小区旧城改造房屋拆迁补偿安置工作的通知》，王某等 205 户被拆迁户对该通知不服，向区政府申请行政复议，要求撤销该通知。区政府作出《行政复议告知书》，告知王某等被拆迁户向市政府申请复议。市政府作出《行政复议决定书》，认为《通知》是抽象行政行为，裁定不予受理复议申请。王某等 205 户被拆迁户不服市政府不予受理复议申请的决定，向法院提起诉讼。一审法院认为，在非复议前置前提下，当事人对复议机关不予受理决定不服而起诉，要求法院立案受理缺乏法律依据，裁定驳回原告起诉。

问题：

- ① 本案是否需要确定诉讼代表人？如何确定？
- ② 行政诉讼中以复议机关为被告的情形主要包括哪些？
- ③ 若本案原告不服一审裁定，提起上诉的主要理由是什么？
- ④ 如果二审法院认为复议机关不予受理行政复议申请的理由不成立，应当如何判决？
- ⑤ 本案一、二审法院审理的对象是什么？为什么？
- ⑥ 若本案原告不服一审裁定提起上诉，在二审期间市政府会同区政府调整了补偿标准，上诉人申请撤回上诉，法院是否应予准许？理由是什么？

考点七 证据制度

行政诉讼的证据制度是行政诉讼中的重要问题，在历年的司法考试中所占的分值也不少。考生在复习时应尤其注意《若干解释》中关于行政诉讼证据问题的规定，以及 2002 年颁布的《证据规定》。

(一) 证据类型与证据提交要求

重点法条

第三十一条 证据有以下几种：

(一) 书证；

① 本案需要确定诉讼代表人。按照最高人民法院关于执行《行政诉讼法》若干问题的解释，同案原告为 5 人以上，应当推选 1 至 5 名诉讼代表人参加诉讼，在指定期限内未选定的，人民法院可以依职权指定。

② 行政诉讼中以复议机关为被告的情形主要包括：① 复议机关改变原行政行为，原告不服复议决定的；② 复议机关在复议期限内未作出复议决定，原告不服的；③ 复议机关拒绝受理复议申请或者不予答复，原告不服的。

③ 若本案原告不服一审裁定，提起上诉的主要理由是：复议机关不受理复议申请的行为是行政机关的一项具体行为，无论是否属于行政复议前置的情形，只要原告不服该复议决定，均可以起诉，法院应予受理。

④ 如果二审法院认为复议机关不予受理行政复议申请的理由不成立，应当作出撤销“不予受理决定书”，判令复议机关受理复议申请。

⑤ 本案一、二审法院审理的对象是市政府不予受理复议申请的决定。因为原告起诉要求撤销的就是该决定，故法院应当以该决定作为合法性审查的对象。

⑥ 若本案原告上诉后市政府会同区政府调整了补偿标准，上诉人可以申请撤回上诉，法院经审查，若认为该市、区政府调整补偿标准的行为不违反法律法规的禁止性规定，不超越或放弃职权，不损害公共利益和他人合法权益，申请撤回上诉是上诉人的真实意思表示，第三人无异议的，法院应予准许。





- (二) 物证；
- (三) 视听资料；
- (四) 证人证言；
- (五) 当事人的陈述；
- (六) 鉴定结论；
- (七) 勘验笔录、现场笔录。

以上证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据。

【关联法条】

《证据规定》

第十条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（一）项的规定，当事人向人民法院提供书证的，应当符合下列要求：

- （一）提供书证的原件，原本、正本和副本均属于书证的原件。提供原件确有困难的，可以提供与原件核对无误的复印件、照片、节录本；
- （二）提供由有关部门保管的书证原件的复制件、影印件或者抄录件的，应当注明出处，经该部门核对无异后加盖其印章；
- （三）提供报表、图纸、会计账册、专业技术资料、科技文献等书证的，应当附有说明材料；
- （四）被告提供的被诉具体行政行为所依据的询问、陈述、谈话类笔录，应当有行政执法人员、被询问人、陈述人、谈话人签名或者盖章。

法律、法规、司法解释和规章对书证的制作形式另有规定的，从其规定。

第十一条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（二）项的规定，当事人向人民法院提供物证的，应当符合下列要求：

- （一）提供原物。提供原物确有困难的，可以提供与原物核对无误的复制件或者证明该物证的照片、录像等其他证据；
- （二）原物为数量较多的种类物的，提供其中的一部分。

第十二条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（三）项的规定，当事人向人民法院提供计算机数据或者录音、录像等视听资料的，应当符合下列要求：

- （一）提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件；
- （二）注明制作方法、制作时间、制作人和证明对象等；
- （三）声音资料应当附有该声音内容的文字记录。

第十三条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（四）项的规定，当事人向人民法院提供证人证言的，应当符合下列要求：

- （一）写明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址等基本情况；
- （二）有证人的签名，不能签名的，应当以盖章等方式证明；
- （三）注明出具日期；
- （四）附有居民身份证复印件等证明证人身份的文件。

第十四条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（六）项的规定，被告向人民法院提供的在行政程序中采用的鉴定结论，应当载明委托人和委托鉴定的事项、向鉴定部门提交的相关材料、鉴定的依据和使用的科学技术手段、鉴定部门和鉴定人鉴定资格的说明，并应有鉴定人的签名和鉴定部门的盖章。通过分析获得的鉴定结论，应当说明分析过程。



第十五条 根据行政诉讼法第三十一条第一款第（七）项的规定，被告向人民法院提供的现场笔录，应当载明时间、地点和事件等内容，并由执法人员和当事人签名。当事人拒绝签名或者不能签名的，应当注明原因。有其他人在现场的，可由其他人签名。法律、法规和规章对现场笔录的制作形式另有规定的，从其规定。

考点解析

1. 书证与物证的区别

书证是通过证据的内容来证明案件事实的，而物证则是通过证据的客观存在来证明案件事实的。

2. 行政诉讼的特殊证据

现场笔录是行政诉讼中的特殊证据，是行政机关的工作人员在进行行政检查时对现场情况的记录。根据《证据规定》第15条的规定，被告向人民法院提供的现场笔录，应当载明时间、地点和事件等内容，并由执法人员和当事人签名。当事人拒绝签名或者不能签名的，应当注明原因，有其他人在现场的，可由其他人签名。综上，现场笔录的制作必须符合如下要求：① 必须现场制作。② 有执行职务人、当事人或见证人签名或盖章。此处需要注意的是，现场笔录不是必须要有当事人的签名，当事人拒绝签名或不能签名的，可由其他当场见证人签名；现场笔录无须行政机关的盖章。

3. 提交证据的要求

提交证据的要求如下表所示。

证据种类	要 求
书证	提供原件：原本、正本和副本
物证	提供原物；原物为种类物的，提供一部分
视听资料	原始载体；注明制作方法等；声音附有文字记录说明
证人证言	证人签名或盖章，且附有身份证明
现场笔录	时间、地点、执法人员和当事人签名；当事人拒绝签名，可由其他在场人签名
鉴定结论	载明委托人和委托鉴定的事项、向鉴定部门提交的相关材料、鉴定依据、鉴定手段、鉴定资格证明、签名盖章、说明分析过程

真题演练

1. (2005-2-39)^① 谢某对某公安局以其实施盗窃为由处以15日拘留的处罚不服，向法院提起行政诉讼。该局向法院提供的证据有：报案人的报案电话记录、公安人员询问笔录、失窃现场勘验笔录、现场提取指纹一枚，以及该指纹系谢某左手拇指所留的鉴定书。下列哪一种说法是正确的？

- A. 对报案人所作的询问笔录应当加盖某公安局、公安人员和报案人印章
- B. 现场提取的指纹为物证
- C. 某公安局提供的证据均为直接证据

^① B。本题选项中只有B项正确，指纹是物证；而询问笔录应有执法人员和报案人签名或印章，《证据规定》并未规定应有公安局印章，因此选项A错误；上述证据中只有指纹系直接证据，选项C错误；公安局提供的证据并不能充分证明其处罚决定证据确凿、充分，选项D错误。



D. 根据某公安局所提供的证据,可以认定其处罚决定证据确实充分

2. (2006-2-85)^① 甲、乙公司签订了甲公司向乙公司购买5辆“三星”牌汽车的合同。乙公司按约定将汽车运至甲公司所在地火车站。某市工商局接举报扣押了汽车,并最终认定乙公司提供的五辆“三星”牌汽车是国外某一品牌汽车,乙公司将其冒充国产车进行非法销售,遂决定没收该批汽车。乙公司在提起行政诉讼后,向法院提供了该批汽车的技术参数,某市工商局则提供了某省商检局对其中一辆车的鉴定结论。下列哪些说法是正确的?

A. 乙公司在提供图片及技术参数时,应附有说明材料

B. 若乙公司提供证据证明某省商检局的鉴定结论内容不完整,法院应不采纳该鉴定结论

C. 某省商检局的鉴定结论为某市工商局处罚乙公司的证据,是法院采纳此鉴定结论的条件之一

D. 对某市工商局的没收决定,甲公司具有原告资格

3. (2007-2-84)^② 县烟草专卖局发现刘某销售某品牌外国香烟,执法人员表明了自己的身份,并制作了现场笔录。因刘某拒绝签名,随行电视台记者张某作为见证人在笔录上签名,该局当场制作《行政处罚决定书》,没收15条外国香烟。刘某不服该决定,提起行政诉讼。诉讼中,县烟草专卖局向法院提交了现场笔录、县电视台拍摄的现场录像、张某的证词。下列哪些选项是正确的?

A. 现场录像应当提供原始载体

B. 张某的证词有张某的签字后,即可作为证人证言使用

C. 现场笔录必须有执法人员和刘某的签名

D. 法院收到县烟草专卖局提供的证据应当出具收据,由经办人员签名或盖章

4. (2009-2-87)^③ 许某与汤某系夫妻,婚后许某精神失常。二人提出离婚,某县民政局准予离婚。许某之兄认为许某为无民事行为能力人,县民政局准予离婚行为违法,遂提起行政诉讼。县民政局向法院提交了县医院对许某作出的间歇性精神病的鉴定结论。许某之兄申请法院重新进行鉴定。下列哪些选项是正确的?

A. 原告需对县民政局准予离婚行为违法承担举证责任

B. 鉴定结论应有鉴定人的签名和鉴定部门的盖章

C. 当事人申请法院重新鉴定可以口头提出

D. 当事人申请法院重新鉴定应当在举证期限内提出

5. (2009-2-88)^④ 某县公安局接到有人在薛某住所嫖娼的电话举报,遂派员前往检查。警察到达举报现场,敲门未开破门入室,只见薛某一人。薛某拒绝在检查笔录上签

① ABC。ABC选项均符合证据的提交要求,因此都是正确选项;本案中甲公司与工商局的没收决定之间并没有法律上的利害关系,因此不具有原告资格,因此D选项错误。

② AD。选项A符合证据提交要求;证人证言除要有证人签名或盖章外,还应有证人的身份说明,因此选项B错误;现场笔录并非必须有相对人的签名,相对人拒绝签名的,可由其他当场见证人签名,也具有证明效力,因此选项C错误;法院收到证据后应出具收据,并由经办人员签名或盖章,因此选项D正确。

③ BD。本案的举证责任应由被告县民政局承担,因此选项A错误;鉴定结论应有鉴定人的签名和鉴定部门的盖章,因此选项B正确;原告有正当理由表明被告据以认定案件事实的鉴定结论可能存在错误,应在举证期限内书面向法院提出申请,因此选项C错误,选项D正确。

④ ABC。现场笔录并非必须有相对人的签名,相对人拒绝签名的,可由其他当场见证人签名,也具有证明效力,因此选项D错误。



字，警察在笔录上注明这一情况。薛某认为检查行为违法，提起行政诉讼。下列哪些选项是正确的？

- A. 某县公安局应当对电话举报进行登记
- B. 警察对薛某住所进行检查时不得少于二人
- C. 警察对薛某住所进行检查时应当出示工作证件和县级以上政府公安机关开具的检查证明文件
- D. 因薛某未在警察制作的检查笔录上签字，该笔录在行政诉讼中不具有证据效力

（二）举证责任

重点法条

第三十二条 被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。

【关联法条】

《若干解释》

第二十六条 在行政诉讼中，被告对其作出的具体行政行为承担举证责任。

被告应当在收到起诉状副本之日起十日内提交答辩状，并提供作出具体行政行为时的证据、依据；被告不提供或者无正当理由逾期提供的，应当认定该具体行政行为没有证据、依据。

第二十七条 原告对下列事项承担举证责任：

- （一）证明起诉符合法定条件，但被告认为原告起诉超过起诉期限的除外；
- （二）在起诉被告不作为的案件中，证明其提出申请的事实；
- （三）在一并提起的行政赔偿诉讼中，证明因受被诉行为侵害而造成损失的事实；
- （四）其他应当由原告承担举证责任的事项。

《证据规定》

第一条 根据行政诉讼法第三十二条和第四十三条的规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当在收到起诉状副本之日起十日内，提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。

被告因不可抗力或者客观上不能控制的其他正当事由，不能在前款规定的期限内提供证据的，应当在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提出延期提供证据的书面申请。人民法院准许延期提供的，被告应当在正当事由消除后十日内提供证据。逾期提供的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。

第二条 原告或者第三人提出其在行政程序中没有提出的反驳理由或者证据的，经人民法院准许，被告可以在第一审程序中补充相应的证据。

第三条 根据行政诉讼法第三十三条的规定，在诉讼过程中，被告及其诉讼代理人不得自行向原告和证人收集证据。

第四条 公民、法人或者其他组织向人民法院起诉时，应当提供其符合起诉条件的相应的证据材料。

在起诉被告不作为的案件中，原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。但有下列情形之一的除外：



(一) 被告应当依职权主动履行法定职责的;

(二) 原告因被告受理申请的登记制度不完备等正当事由不能提供相关证据材料并能够作出合理说明的。

被告认为原告起诉超过法定期限的, 由被告承担举证责任。

第五条 在行政赔偿诉讼中, 原告应当对被诉具体行政行为造成损害的事实提供证据。

第六条 原告可以提供证明被诉具体行政行为违法的证据。原告提供的证据不成立的, 不免除被告对被诉具体行政行为合法性的举证责任。

第七条 原告或者第三人应当在开庭审理前或者人民法院指定的交换证据之日提供证据。因正当事由申请延期提供证据的, 经人民法院准许, 可以在法庭调查中提供。逾期提供证据的, 视为放弃举证权利。

原告或者第三人在第一审程序中无正当理由未提供而在第二审程序中提供的证据, 人民法院不予接纳。

第八条 人民法院向当事人送达受理案件通知书或者应诉通知书时, 应当告知其举证范围、举证期限和逾期提供证据的法律后果, 并告知因正当事由不能按期提供证据时应当提出延期提供证据的申请。

第九条 根据行政诉讼法第三十四条第一款的规定, 人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。

对当事人无争议, 但涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实, 人民法院可以责令当事人提供或者补充有关证据。

考点解析

1. 行政诉讼的举证原则

“被告对具体行政行为负有举证责任”是行政诉讼的举证原则。因为依法行政是行政机关在作出行政行为时必须遵循的基本要求, 当行政行为被诉至法院时, 法律上确认该行为是应有充分的证据的, 如被告不能提供该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件, 就应当承担败诉的风险。

2. 被告的举证期限

被告应当自收到起诉书副本之日起 10 日内, 提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。如果被告因不可抗力或者客观上不能控制的其他正当事由, 不能在收到起诉状副本之日起 10 日内提供证据的, 应当在此举证期限内向法院提出延期举证的书面申请。如法院准许其延期举证的, 被告应当在正当事由消除后 10 日内提供证据。如果原告或第三人提出其在行政程序中未提出的反驳理由和证据, 被告经法院允许可在一审程序中补充相应的证据。

3. 被告负举证责任的例外

《若干解释》对“被告负举证责任”原则进行了补充, 规定原告对下列事项承担举证责任:

(1) 证明起诉符合法定条件, 但被告认为原告起诉超过法定期限除外; 公民、法人或其他组织向法院起诉的, 应提供符合起诉条件的相应证据材料, 即起诉人要证明自己是适格的原告、证明被告适格、案件属于法院的受案范围并由受案法院管辖, 有明确的诉讼请



求并提出事实根据。但如果被告认为原告起诉超过法定期限，应由被告来证明，因为被告在作出具体行政行为时，有义务告知相对人诉权和起诉期限。

(2) 起诉被告不作为，证明提出申请的事实。

例外：《证据规定》又规定了原告起诉被告不作为的，证明提出申请事实的例外。在以下两种情况下，可免除原告证明提出申请事实的责任：①被告应主动履行法定职责；②因被告登记制度不完备不能提供并说明合理理由。

(3) 行政赔偿诉讼，证明因被诉行为侵害而受到损害。原告举证的期限为开庭审理前或法院指定的交换证据之日前。

上述事项均属于原告应当举证的事项，对此原告不能举证的，将承担相应的不利后果。除承担上述举证责任外，原告还可以提供证据，证明被诉具体行政行为的违法性，但这是原告行使诉讼权利的表现。如果原告提供的证据不成立，不免除被告对被诉具体行政行为合法性的举证责任。

真题演练

(2003-2-42)① 田某对某市房管局向李某核发房屋所有权证的行为不服，以自己是房屋所有权人为由请求法院判决撤销某市房管局的发证行为。田某向法院提交了房屋所有权证，李某向法院提交了该房屋买卖合同，某市房管局向法院提交了李某的房屋产权登记申请、契税完税证等证据。下列说法正确的是：

- A. 房屋所有权证、房屋买卖合同、房屋产权登记申请、契税完税证均系书证
- B. 李某可以在一审庭审结束前向法院提交房屋买卖合同
- C. 田某向法院提交其房屋所有权证是承担举证责任的表现
- D. 法院在收到被告提交的证据后应当出具收据，加盖法院印章和经办人员印章

(三) 被告取证限制

重点法条

第三十三条 在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。

【关联法条】

《若干解释》

第二十八条 有下列情形之一的，被告经人民法院准许可以补充相关的证据：

(一) 被告在作出具体行政行为时已经收集证据，但因不可抗力等正当事由不能提供的；

(二) 原告或者第三人在诉讼过程中，提出了其在被告实施行政行为过程中没有提出的反驳理由或者证据的。

考点解析

在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据的“被告取证限制原则”是被告

① A. 选项 A 对于证据属性的判断正确；原告举证的期限是开庭审理前或法院指定的交换证据之日前，因此选项 B 错误；田某向法院提交房屋所有权证是行使举证权利的表现，而非承担举证责任，因此选项 C 错误；法院在收到被告提交的证据后应当出具收据，应加盖经办人员印章，而无须法院印章，因此选项 D 错误。



负举证责任原则的延伸，被告所有用来支持具体行政行为合法的证据，都应当是从行政程序中来的，行政机关在诉讼开始后向原告和证人收集的证据，原则上不能用于认定被诉具体行政行为的合法性。但《若干解释》对这一原则也规定了例外，在以下情形下，被告经法院允许可以补充相关证据：

- (1) 被告在作出具体行政行为时已经收集，但因不可抗力不能提供的。
- (2) 原告或第三人提出了行政程序中未提出的反驳理由和证据。

(四) 人民法院调取证据和证据保全

1. 人民法院调取证据

重点法条

《若干解释》

第二十九条 有下列情形之一的，人民法院有权调取证据：

- (一) 原告或者第三人及其诉讼代理人提供了证据线索，但无法自行收集而申请人民法院调取的；
- (二) 当事人应当提供而无法提供原件或者原物的。

《证据规定》

第二十二条 根据行政诉讼法第三十四条第二款的规定，有下列情形之一的，人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据：

- (一) 涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的；
- (二) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

第二十三条 原告或者第三人不能自行收集，但能够提供确切线索的，可以申请人民法院调取下列证据材料：

- (一) 由国家有关部门保存而须由人民法院调取的证据材料；
- (二) 涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据材料；
- (三) 确因客观原因不能自行收集的其他证据材料。

人民法院不得为证明被诉具体行政行为的合法性，调取被告在作出具体行政行为时未收集的证据。

考点解析

行政诉讼证据在一般情况下，应由当事人自己提供，因此，法院调取证据的权限应受到严格限制。但《若干解释》和《证据规定》都允许法院在例外情形下可以调取证据。法院对证据的调取分为依职权和依申请两种。

(1) 职权调取。法院依职权主动调取证据主要适用于以下两种情形：证据涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的；或者涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

(2) 申请调取。法院可依原告或第三人的申请取证，主要适用于由国家有关部门保存而须由人民法院调取的证据材料；涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据材料；确因客观原因不能自行收集的其他证据材料。法院绝对不能依被告申请调取证据，也不得为证明被诉具体行政行为的合法性，而调取被告在作出具体行政行为没有收集的证据。



真题演练

(2004-2-46)^① 根据行政诉讼的有关规定,下列哪一证据材料在原告不能自行收集,但能够提供确切线索时,可以申请人民法院调取?

- A. 涉及公共利益的证据材料
- B. 涉及个人隐私的证据材料
- C. 涉及中止诉讼事项的证据材料
- D. 涉及回避事项的证据材料

2. 证据保全

重点法条

第三十六条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据,人民法院也可以主动采取保全措施。

【关联法条】

《证据规定》

第二十七条 当事人根据行政诉讼法第三十六条的规定向人民法院申请保全证据的,应当在举证期限届满前以书面形式提出,并说明证据的名称和地点、保全的内容和范围、申请保全的理由等事项。

当事人申请保全证据的,人民法院可以要求其提供相应的担保。法律、司法解释规定诉前保全证据的,依照其规定办理。

第二十八条 人民法院依照行政诉讼法第三十六条规定保全证据的,可以根据具体情况,采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作询问笔录等保全措施。

人民法院保全证据时,可以要求当事人或者其诉讼代理人到场。

真题演练

(2007-2-45)^② 关于行政诉讼中的证据保全申请,下列哪一选项是正确的?

- A. 应当在第一次开庭前以书面形式提出
- B. 应当在举证期限届满前以书面形式提出
- C. 应当在举证期限届满前以口头形式提出
- D. 应当在第一次开庭前以口头形式提出

(五) 证据的对质辨认与核实

重点法条

《若干解释》

第三十一条 未经法庭质证的证据不能作为人民法院裁判的根据。

^① B. 涉及个人隐私的,原告不能自行收集的,但能够提供确切线索的,可申请人民法院调取证据,因此选项 B 正确;而 ACD 选项中所涉及的事项均为人民法院可依职权主动调取证据的情形。

^② B. 证据保全申请应在举证期限届满前以书面方式提出,因此选项 B 正确。



复议机关在复议过程中收集和补充的证据，不能作为人民法院维持原具体行政行为的根据。

被告在二审过程中向法庭提交在一审过程中没有提交的证据，不能作为二审法院撤销或者变更一审裁判的根据。

《证据规定》

第三十五条 证据应当在法庭上出示，并经庭审质证。未经庭审质证的证据，不能作为定案的依据。

当事人在庭前证据交换过程中没有争议并记录在卷的证据，经审判人员在庭审中说明后，可以作为认定案件事实的依据。

第三十六条 经合法传唤，因被告无正当理由拒不到庭而需要依法缺席判决的，被告提供的证据不能作为定案的依据，但当事人在庭前交换证据中没有争议的证据除外。

第三十七条 涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。

第三十八条 当事人申请人民法院调取的证据，由申请调取证据的当事人在庭审中出示，并由当事人质证。

人民法院依职权调取的证据，由法庭出示，并可就调取该证据的情况进行说明，听取当事人意见。

第四十一条 凡是知道案件事实的人，都有出庭作证的义务。有下列情形之一的，经人民法院准许，当事人可以提交书面证言：

- （一）当事人在行政程序或者庭前证据交换中对证人证言无异议的；
- （二）证人因年迈体弱或者行动不便无法出庭的；
- （三）证人因路途遥远、交通不便无法出庭的；
- （四）证人因自然灾害等不可抗力或者其他意外事件无法出庭的；
- （五）证人因其他特殊原因确实无法出庭的。

第四十二条 不能正确表达意志的人不能作证。

根据当事人申请，人民法院可以就证人能否正确表达意志进行审查或者交由有关部门鉴定。必要时，人民法院也可以依职权交由有关部门鉴定。

第四十四条 有下列情形之一的，原告或者第三人可以要求相关行政执法人员作为证人出庭作证：

- （一）对现场笔录的合法性或者真实性有异议的；
- （二）对扣押财产的品种或者数量有异议的；
- （三）对检验的物品取样或者保管有异议的；
- （四）对行政执法人员的身份的合法性有异议的；
- （五）需要出庭作证的其他情形。

第五十条 在第二审程序中，对当事人依法提供的新的证据，法庭应当进行质证；当事人对第一审认定的证据仍有争议的，法庭也应当进行质证。

第五十一条 按照审判监督程序审理的案件，对当事人依法提供的新的证据，法庭应当进行质证；因原判决、裁定认定事实的证据不足而提起再审所涉及的主要证据，法庭也应当进行质证。

第五十二条 本规定第五十条和第五十一条中的“新的证据”是指以下证据：



- (一) 在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据；
- (二) 当事人在一审程序中依法申请调取而未获准许或者未取得，人民法院在第二审程序中调取的证据；
- (三) 原告或者第三人提供的在举证期限届满后发现的证据。

考点解析

质证是当事人在法官的主持下，对证据的真实性、关联性、合法性与证明力的有无、证明力的大小等问题进行对质与辨识，是对行政诉讼证据进行全面审查的关键环节。《证据规定》中既规定了各种证据的共同质证规则，也规定了某些证据，例如书证、物证、证人、视听资料、鉴定结论等单独的质证规则。在质证过程中，需要注意的问题有：

1. 未经庭审质证的证据，不得作为定案证据；被告不到庭提供的证据不得作为定案证据。

2. 证据质证的例外：涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。

3. 人民法院调取证据的质证。当事人申请人民法院调取的证据，由申请调取证据的当事人在庭审中出示，并由当事人质证。人民法院依职权调取的证据，由法庭出示，并可就调取该证据的情况进行说明，听取当事人意见。

4. 证人出庭作证的例外：①当事人在行政程序或者庭前证据交换中对证人证言无异议的；②证人因年迈体弱或者行动不便无法出庭的；③证人因路途遥远、交通不便无法出庭的；④证人因自然灾害等不可抗力或者其他意外事件无法出庭的；⑤证人因其他特殊原因确实无法出庭的。

5. 原告或者第三人在诉讼中，有下列情形的，可以要求相关行政执法人员作为证人出庭作证：①对现场笔录的合法性或者真实性有异议的；②对扣押财产的品种或者数量有异议的；③对检验的物品取样或者保管有异议的；④对行政执法人员的身份的合法性有异议的；⑤需要出庭作证的其他情形。

6. 二审与再审程序的质证。在二审程序中，法庭对当事人提供的新证据进行质证，当事人对一审认定的证据仍有争议的，法庭也应当进行质证；在再审程序中，法庭对当事人提供的新证据进行质证，因原审生效判决认定事实的证据不足而提起再审所涉及的主要证据，法庭也应当进行质证。

真题演练

1. (2004-2-47)① 关于行政诉讼证据，下列哪一种说法是正确的？
- A. 人民法院依职权调取的证据，应当在法庭上出示，由当事人质证
 - B. 涉及商业秘密的证据，可以不公开质证
 - C. 第二审程序中，所有第一审认定的证据无须再质证

① D. 人民法院依职权调取的证据，由法庭出示，并可就调取该证据的情况进行说明，听取当事人意见，因此选项 A 错误；涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证，而不是可以不公开质证，因此选项 B 错误；在二审程序中，法庭对当事人提供的新证据进行质证，当事人对一审认定的证据仍有争议的，法庭也应当进行质证，因此选项 C 错误；生效的人民法院判决书认定的事实无须质证，可以作为定案的证据，因此选项 D 正确。



D. 生效的人民法院判决书认定的事实无须质证，可以作为定案的证据

2. (2005-2-81)^① 根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》，在二审程序中，对当事人依法提供的新证据，法庭应当进行质证。这里新证据是指：

- A. 在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据
- B. 当事人在一审程序中依法申请调取而未获准许，人民法院在二审程序中调取的证据
- C. 原告或者第三人提供的在举证期限届满后发现的证据
- D. 原告或第三人在诉讼过程中提出的其在被告实施行政行为过程中所没有反驳的证据

3. (2008-2-50)^② 某区城管执法局以甲工厂的房屋建筑违法为由强行拆除，拆除行为被认定违法后，甲工厂要求某区城管执法局予以赔偿，遭到拒绝后向法院起诉。甲工厂除提供证据证明房屋损失外，还提供了甲工厂工人刘某与当地居民谢某的证言，以证明房屋被拆除时，房屋有办公用品、机械设备未搬出，应予赔偿。某区城管执法局提交了甲工厂工人李某和执法人员张某的证言，以证明房屋内没有物品。下列哪一选项是正确的？

- A. 法院不能因李某为甲工厂工人而不采信其证言
- B. 法院收到甲工厂提交的证据材料，应当出具收据，由经办人员签名并加盖法院印章
- C. 张某的证言优于谢某的证言
- D. 在庭审过程中，甲工厂要求刘某出庭作证，法院应不予准许

(六) 证据的审核与认定

证据的审核与认定，是法官对证据证明力进行判断的活动，判断的内容主要包括证据证明力的有无和证明力的大小两个方面。

1. 不能作为定案依据的证据

重点法条

《证据规定》

第五十七条 下列证据材料不能作为定案依据：

- (一) 严重违反法定程序收集的证据材料；
- (二) 以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料；
- (三) 以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段获取的证据材料；
- (四) 当事人无正当理由超出举证期限提供的证据材料；
- (五) 在中华人民共和国领域以外或者在中华人民共和国香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区形成的未办理法定证明手续的证据材料；
- (六) 当事人无正当理由拒不提供原件、原物，又无其他证据印证，且对方当事人不予认可的证据的复制件或者复制品；

① ABC。本题的正确答案可完全参照《证据规定》第52条。

② A。原告或者第三人在诉讼中，对现场笔录的合法性或者真实性有异议的，可以要求相关行政执法人员作为证人出庭作证，因此D选项错误。



- (七) 被当事人或者他人进行技术处理而无法辨别真伪的证据材料;
- (八) 不能正确表达意志的证人提供的证言;
- (九) 不具备合法性和真实性的其他证据材料。

第五十八条 以违反法律禁止性规定或者侵犯他人合法权益的方法取得的证据, 不能作为认定案件事实的依据。

第五十九条 被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据, 原告依法应当提供而拒不提供, 在诉讼程序中提供的证据, 人民法院一般不予采纳。

考点解析

不能作为定案依据的证据即完全无效的证据。《证据规定》尤其指出, 严重违法法定程序收集的证据和以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料不能作为定案依据。这里需要注意的是, 并非所有以偷拍、偷录、窃听等秘密手段获取的证据都不能作为定案依据, 只有同时具备“侵害他人合法权益”的条件才是无效证据。

2. 不能作为认定具体行政行为合法的依据

重点法条

《证据规定》

第六十条 下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的依据:

- (一) 被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后或者在诉讼程序中自行收集的证据;
- (二) 被告在行政程序中非法剥夺公民、法人或者其他组织依法享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据;
- (三) 原告或者第三人在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为具体行政行为依据的证据。

第六十一条 复议机关在复议程序中收集和补充的证据, 或者作出原具体行政行为的行政机关在复议程序中未向复议机关提交的证据, 不能作为人民法院认定原具体行政行为合法的依据。

考点解析

与上文中不能作为定案依据的证据不同, 《证据规定》第60条、第61条中所说的证据不能用作证明具体行政行为合法, 但反过来却可以用来证明具体行政行为的违法。

需要注意的是, 第60条第3项所说的是, 原告或第三人在诉讼程序中提供了证据, 但这些证据却对被告有利, 可以证明被告具体行政行为的合法, 但如果这些证据并非被告作出具体行政行为时的依据, 即使对被告有利, 也不能用来认定具体行政行为合法。

另外, 复议机关在复议程序中收集和补充的证据, 或者作出原具体行政行为的行政机关在复议程序中未向复议机关提交的证据, 不能作为人民法院认定原具体行政行为合法的依据; 但这些证据有可能被用来证明复议决定的合法性。

真题演练

(2007-2-42)①李某和钱某参加省教委组织的“省中小学教师自学考试”。后省教委以“通报”形式，对李某、钱某等4名作弊考生进行了处理，并通知当次考试各科成绩作废，三年之内不准报考。李某、钱某等均得知该通报内容。李某向省政府递交了行政复议申请书，省政府未予答复。李某诉至法院。下列哪一选项是错误的？

- A. 法院应当受理李某对通报不服提起的诉讼
- B. 李某对省教委提起诉讼后，法院可以通知钱某作为第三人参加诉讼
- C. 法院应当受理李某对省政府不予答复行为提起的诉讼
- D. 钱某在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为处理依据的证据可以作为认定被诉处理决定合法的依据

3. 人民法院可以直接认定的证据

重点法条

《证据规定》

第六十八条 下列事实法庭可以直接认定：

- (一) 众所周知的事实；
- (二) 自然规律及定理；
- (三) 按照法律规定推定的事实；
- (四) 已经依法证明的事实；
- (五) 根据日常生活经验法则推定的事实。

前款(一)、(三)、(四)、(五)项，当事人有相反证据足以推翻的除外。

考点解析

上述证据人民法院无须审核，可直接用来作为案件依据。

4. 不能单独作为定案依据的证据

重点法条

《证据规定》

第七十一条 下列证据不能单独作为定案依据：

- (一) 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相适应的证言；
- (二) 与一方当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该当事人有利的证言，或者与一方当事人有不利关系的证人所作的对该当事人不利的证言；
- (三) 应当出庭作证而无正当理由不出庭作证的证人证言；
- (四) 难以识别是否经过修改的视听资料；
- (五) 无法与原件、原物核对的复制件或者复制品；
- (六) 经一方当事人或者他人改动，对方当事人不予认可的证据材料；

① D。原告或第三人在诉讼程序中提供的，被告在行政程序中未作为具体行政行为依据的证据不能作为认定该行为合法的依据，因此选项D错误。



(七) 其他不能单独作为定案依据的证据材料。

考点解析

《证据规定》第70条所规定的证据，证明力较弱，不能单独作为定案依据，即案件如果只有这些证据证明并不充分。

5. 证据证明力的大小

重点法条

《证据规定》

第六十三条 证明同一事实的数个证据，其证明效力一般可以按照下列情形分别认定：

- (一) 国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证；
- (二) 鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料以及经过公证或者登记的书证优于其他书证、视听资料和证人证言；
- (三) 原件、原物优于复制件、复制品；
- (四) 法定鉴定部门的鉴定结论优于其他鉴定部门的鉴定结论；
- (五) 法庭主持勘验所制作的勘验笔录优于其他部门主持勘验所制作的勘验笔录；
- (六) 原始证据优于传来证据；
- (七) 其他证人证言优于与当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人提供的对该当事人有利的证言；
- (八) 出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言；
- (九) 数个种类不同、内容一致的证据优于一个孤立的证据。

考点八

行政诉讼的法律适用

重点法条

第五十二条 人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。

人民法院审理民族自治地方的行政案件，并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。

第五十三条 人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。

人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的，以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的，由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。





【关联法条】

《若干解释》

第六十二条 人民法院审理行政案件，适用最高人民法院司法解释的，应当在裁判文书中援引。

人民法院审理行政案件，可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。

考点解析

行政诉讼的法律适用主要解决不同层级的法律规范对于行政审判的拘束力问题。根据《行政诉讼法》的规定，行政诉讼的法律适用原则可总结为“以法律、法规为依据，参照规章”。其具体内容如下：

1. 法律、法规是行政诉讼的审判依据。作为“依据”是指如果法律、法规对被诉具体行政行为所涉及的相关行政管理事项已作出规定，法院在审判时必须遵循，而不得拒绝适用。这里的“法律”为狭义的法律，指全国人大和全国人大常委会制定的法律，而“法规”包括行政法规和地方性法规。人民法院审理民族自治地方的行政案件，以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。

2. 参照规章。法院在行政审判中对规章的适用态度是“参照”。所谓“参照”，是指法院可以对行政规章的内容进行审查判断，如果认为其内容合法，法院可以选择适用；如果认为内容与上位法相抵触，法院就可以拒绝适用。也就是说，对于规章，法院有选择适用的权利。而“规章”根据前文介绍，包括国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的部门规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的地方政府规章。《行政诉讼法》之所以作出这样的规定，就是因为规章较之上位法律规范层级较低，而且在内容上往往参差不齐。

3. 《行政诉讼法》并没有规定规章以下的规范性文件在行政诉讼中的适用问题。《若干解释》补充规定，人民法院审理行政案件，可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件，这一规定的含义在于说明效力低于规章的其他规范性文件，法院同样有选择适用的权力，即经审查认为合法有效的，可以适用；认为违法的，就可以拒绝适用。

4. 对于司法解释而言，《若干解释》规定，人民法院审理行政案件，适用最高人民法院司法解释的，应当在裁判文书中援引，也旨在表明司法解释是人民法院审理行政案件的依据。

真题演练

1. (2004-2-76)^① 商务部根据中国四甲公司的申请并经调查公布了反倾销调查的终裁决定，认定从A国进口苯酚存在倾销，有关公司倾销幅度为6%~144%，决定自2004年2月1日起，对A国甲公司征收6%乙公司征收144%的反倾销税，期限为5年，下列说法正确的是：

^① ABD。在反倾销与反补贴行政案件中，法院仅能参照部门规章进行审理，并不包括地方政府规章，所以C选项错误。



- A. 甲公司可以对商务部关于倾销幅度的终裁决定提起行政诉讼
- B. 乙公司可以对商务部征收 144% 的反倾销税的决定提起行政诉讼
- C. 法院应当参照国务院部门规章和地方政府规章对被诉行政行为进行审查
- D. 法院可以参照有关涉外民事诉讼程序规定审理反倾销行政案件

2. (2006-2-39)^① 下列关于行政法规解释的说法哪种是正确的?

- A. 国务院各部门可以根据国务院授权解释行政法规
- B. 行政法规条文本身需要作出补充规定的, 由国务院解释
- C. 在审判活动中行政法规条文本身需要进一步明确界限的, 由最高人民法院解释
- D. 对具体应用行政法规的问题, 各级政府可以请求国务院法制机构解释

3. (2009-4-6) **案情:** 高某系 A 省甲县个体工商户, 其持有的工商营业执照载明经营范围是林产品加工, 经营方式是加工收购、销售。高某向甲县工商局缴纳了松香运销管理费后, 将自己加工的松香运往 A 省乙县出售。当高某进入乙县时, 被乙县林业局执法人员拦截。乙县林业局以高某未办理运输证为由, 依据 A 省地方性法规《林业行政处罚条例》以及授权省林业厅制定的《林产品目录》(该目录规定松香为林产品, 应当办理运输证) 的规定, 将高某无证运输的松香认定为“非法财物”, 予以没收。高某提起行政诉讼要求撤销没收决定, 法院予以受理。

有关规定:《森林法》及行政法规《森林法实施条例》涉及运输证的规定如下: 除国家统一调拨的木材外, 从林区运出木材, 必须持有运输证, 否则由林业部门给予没收、罚款等处罚。A 省地方性法规《林业行政处罚条例》规定“对规定林产品无运输证的, 予以没收”。

问题:

(1)^② 省林业厅制定的《林产品目录》的性质是什么? 可否适用于本案? 理由是什么?

(2)^③ 法院审理本案时应如何适用法律、法规? 理由是什么?

考点九 行政诉讼中的特殊制度与原则

重点法条

(一) 撤诉

第四十八条 经人民法院两次合法传唤, 原告无正当理由拒不到庭的, 视为申请撤诉; 被告无正当理由拒不到庭的, 可以缺席判决。

第五十一条 人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前, 原告申请撤诉的, 或者被

^① B. 在审判活动中行政法规条文本身需要进一步明确界限的, 应由最高人民法院报送国务院进行解释, 因此选项 C 错误。

^② 省林业厅制定的《林产品目录》是根据地方性法规授权制定的规范性文件, 在行政诉讼中不属于法院应当依据或者参照适用的规范, 但可以作为证明被诉行政行为合法的事实依据之一。

^③ 《森林法》及《森林法实施条例》均未将木材以外的林产品的无证运输行为纳入行政处罚的范围, 也未规定对无证运输其他林产品的行为给予没收处罚。A 省地方性法规《林业行政处罚条例》的有关规定, 扩大了《森林法》及其实施条例关于应受行政处罚行为以及没收行为的范围, 不符合上位法。根据行政诉讼法律适用规则, 法院应当适用《森林法》及《森林法实施条例》。



告改变其所作的具体行政行为，原告同意并申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。

【关联法条】

《若干解释》

第三十六条 人民法院裁定准许原告撤诉后，原告以同一事实和理由重新起诉的，人民法院不予受理。

准予撤诉的裁定确有错误，原告申请再审的，人民法院应当通过审判监督程序撤销原准予撤诉的裁定，重新对案件进行审理。

第三十七条 原告或者上诉人未按规定的期限预交案件受理费，又不提出缓交、减交、免交申请，或者提出申请未获批准的，按自动撤诉处理。在按撤诉处理后，原告或者上诉人在法定期限内再次起诉或者上诉，并依法解决诉讼费预交问题的，人民法院应予受理。

第四十九条 原告或者上诉人经合法传唤，无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理。

原告或者上诉人申请撤诉，人民法院裁定不予准许的，原告或者上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可而中途退庭的，人民法院可以缺席判决。

第三人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理。

《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》

第一条 人民法院经审查认为被诉具体行政行为违法或者不当，可以在宣告判决或者裁定前，建议被告改变其所作的具体行政行为。

第二条 被告改变被诉具体行政行为，原告申请撤诉，符合下列条件的，人民法院应当裁定准许：

- (一) 申请撤诉是当事人真实意思表示；
- (二) 被告改变被诉具体行政行为，不违反法律、法规的禁止性规定，不超越或者放弃职权，不损害公共利益和他人合法权益；
- (三) 被告已经改变或者决定改变被诉具体行政行为，并书面告知人民法院；
- (四) 第三人无异议。

第五条 被告改变被诉具体行政行为，原告申请撤诉，有履行内容且履行完毕的，人民法院可以裁定准许撤诉；不能即时或者一次性履行的，人民法院可以裁定准许撤诉，也可以裁定中止审理。

第六条 准许撤诉裁定可以载明被告改变被诉具体行政行为的主要内容及履行情况，并可以根据案件具体情况，在裁定理由中明确被诉具体行政行为全部或者部分不再执行。

第七条 申请撤诉不符合法定条件，或者被告改变被诉具体行政行为后当事人不撤诉的，人民法院应当及时作出裁判。

第八条 二审或者再审期间行政机关改变被诉具体行政行为，当事人申请撤回上诉或者再审申请的，参照本规定。准许撤回上诉或者再审申请的裁定可以载明行政机关改变被诉具体行政行为的主要内容及履行情况，并可以根据案件具体情况，在裁定理由中明确



被诉具体行政行为或者原裁判全部或者部分不再执行。

考点解析

行政诉讼的撤诉制度与民事诉讼中的撤诉制度不同，主要体现在以下两个方面：

1. 行政诉讼的撤诉必须同时具备原告申请与法院同意两个条件。撤诉虽然是原告对诉权的处分，但在行政诉讼中撤诉申请必须获得法院的准许，因为行政诉讼不仅涉及相对人个人的利益，还涉及整体的行政管理秩序。因此，《行政诉讼法》规定，原告申请撤诉，是否准许，由人民法院裁定。在行政诉讼实践中，原告申请撤诉的原因大多是行政机关在一审期间改变了具体行政行为。最高人民法院在2007年的司法解释中规定，被告改变具体行政行为，原告申请撤诉，符合下列条件的，人民法院应当裁定准许：申请撤诉是当事人真实意思表示；被告改变被诉具体行政行为，不违反法律、法规的禁止性规定，不超越或者放弃职权，不损害公共利益和他人合法权益；被告已经改变或者决定改变被诉具体行政行为，并书面告知人民法院；第三人无异议。如果申请撤诉不符合法定条件，法院应及时作出裁判。

2. 行政诉讼中，原告申请撤诉，法院准许按撤诉处理后，原告再以同一事实和理由起诉的，法院原则上不予受理。例外是：原告或者上诉人未按规定预交案件受理费，又不提出缓交、减交、免交申请，按撤诉处理的，原告再次起诉或上诉人上诉仍在法定期限内，并依法解决诉讼费预交问题的，人民法院应予受理。如果准予撤诉的裁定确有错误，原告申请再审的，人民法院应当通过审判监督程序撤销原准予撤诉的裁定，重新对案件进行审理。

撤诉的启动有以下情形：

(1) 原告自愿申请撤诉，其申请撤诉的原因可能是被告在一审期间改变了具体行政行为，此种情形可参阅下文；

(2) 视为申请撤诉：经人民法院合法传唤，原告无正当理由不到庭的或者未经法庭许可中途退庭的，但人民法院如果不批准，则按照缺席判决处理；

(3) 按撤诉处理：原告或者上诉人未按规定预交案件受理费，又不提出缓交、减交、免交申请，或者提出申请未获批准的，此时按照撤诉处理。

真题演练

1. (2007-2-43)^① 甲有乙、丙两子。甲与乙曾订立赡养协议，并将自己的10棵荔枝树全部给乙。县政府向乙颁发了10棵荔枝树的林权证。甲去世后，丙认为自己的继承权受到侵犯，要求镇政府处理。镇政府重新分割了荔枝树，还派员将荔枝果摘下变卖，保存价款3000元，烂果400斤交由乙处理。乙不服，向法院提起行政诉讼。下列哪一选项是错误的？

- A. 诉讼过程中，县政府颁发给乙的林权证仍然有效
- B. 如果乙撤诉后，以同一事实和理由重新起诉的，法院不予受理
- C. 法院将起诉状副本送达被告后，乙提出被告应赔偿荔枝烂果损失的诉讼请求，法院应予准许

^① C. 如果乙申请撤诉，法院允许，之后再以同一事实和理由起诉的，法院不予受理，因此选项B表述正确。



D. 镇政府变卖荔枝果并保存价款的行为没有法律依据

2. (2002-2-78)^① 行政诉讼过程中, 在下列哪些情形下, 人民法院可以按照撤诉处理?

- A. 原告经合法传唤无正当理由拒不到庭的
- B. 上诉人认为法院偏袒被告未经法庭许可中途退庭的
- C. 原告申请撤诉, 法院裁定不与准许, 经合法传唤拒不到庭的
- D. 被告改变原具体行政行为, 原告不撤诉的

(二) 被告在一审期间改变具体行政行为

重点法条

《若干解释》

第五十条 被告在一审期间改变被诉具体行政行为的, 应当书面告知人民法院。

原告或者第三人对改变后的行为不服提起诉讼的, 人民法院应当就改变后的具体行政行为进行审理。

被告改变原具体行政行为, 原告不撤诉, 人民法院经审查认为原具体行政行为违法的, 应当作出确认其违法的判决; 认为原具体行政行为合法的, 应当判决驳回原告的诉讼请求。

原告起诉被告不作为, 在诉讼中被告作出具体行政行为, 原告不撤诉的, 参照上述规定处理。

【关联法条】

《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》

第三条 有下列情形之一的, 属于行政诉讼法第五十一条规定的“被告改变其所作的具体行政行为”:

- (一) 改变被诉具体行政行为所认定的主要事实和证据;
- (二) 改变被诉具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响;
- (三) 撤销、部分撤销或者变更被诉具体行政行为处理结果。

第四条 有下列情形之一的, 可以视为“被告改变其所作的具体行政行为”:

- (一) 根据原告的请求依法履行法定职责;
- (二) 采取相应的补救、补偿等措施;
- (三) 在行政裁决案件中, 书面认可原告与第三人达成的和解。

考点解析

被告在一审期间改变被诉具体行政行为的处理, 是行政诉讼中的又一难点, 它涉及的问题主要包括:

1. 被告在一审期间可以自行改变具体行政行为, 无须经过法院同意, 但应书面通知

^① AB。法院可以按照撤诉处理的情形, 包括经人民法院合法传唤, 原告或上诉人无正当理由不到庭的或者未经法庭许可中途退庭的, 因此选项 A、B 正确; 原告申请撤诉, 法院不准许, 原告经合法传唤拒不到庭的, 法院应按缺席判决处理, 因此选项 C 错误; 被告改变原行为, 原告不撤诉的, 法院应继续审查原行为, 而不是按照撤诉处理, 因此 D 选项错误。



法院，以示对法院的尊重，这一点与原告申请撤诉不同，后者必须经过法院的同意。

2. 被告改变具体行政行为包括：

- (1) 改变具体行政行为所认定的主要事实和证据；
- (2) 改变被诉具体行政行为所适用的规范依据并对定性产生影响；
- (3) 撤销、部分撤销或者变更被诉具体行政行为处理结果。

有下列情形之一的，可以视为被告改变具体行政行为：①根据原告的请求依法履行法定职责；②采取相应的补救、补偿措施；③在行政裁决案件中，书面认可原告与第三人达成的和解。

3. 被告改变具体行政行为的处理：

(1) 被告改变具体行政行为，原告同意且申请撤诉的，只要法院准许，诉讼就此终结。

(2) 被告改变具体行政行为，原告不撤诉，但也没有对改变后的具体行政行为提起诉讼的，法院应继续审理原行为，但判决种类会变化：如果经审查认为原行为是违法的，因其已经被被告废弃，所以法院应作出确认违法判决；如果经审查认为原行为是合法的，应作出驳回诉讼请求判决，而不能作出维持判决。

(3) 被告改变具体行政行为，原告对改变后的具体行政行为不服的，法院应审理改变后的具体行政行为；如果原告对原行为不申请撤诉，对改变后的具体行政行为也不服的，法院对这两个具体行政行为应进行合并审理。

(4) 原告诉被告不履行法定职责的，被告在诉讼中履行法定职责的，如原告撤诉，法院同意则诉讼终结；如果原告不撤诉，法院应继续审理被告的不作为，但判决种类也要发生变化。如果法院经审查认为被告不履行法定职责是违法的，此时因被告在诉讼中已经履行了法定职责，就不能再作出履行判决，而只能作出确认违法判决；如果法院经审查认为被告不作为是合法的，应判决驳回原告诉讼请求。

真题演练

(2009-2-99)① 下列情况属于或可以视为行政诉讼中被告改变被诉具体行政行为的是：

- A. 被诉公安局把拘留三日的处罚决定改为罚款 500 元
- B. 被诉土地局更正被诉处罚决定中不影响决定性质和内容的文字错误
- C. 被诉工商局未在法定期限答复原告的请求，在二审期间作出书面答复
- D. 县政府针对甲乙两村土地使用权争议作出的处理决定被诉后，甲乙两村达成和解，县政府书面予以认可

(三) 缺席判决

重点法条

第四十八条 经人民法院两次合法传唤，原告无正当理由拒不到庭的，视为申请撤

① ACD。选项 A 中被诉公安局变更处罚决定，属于诉讼中被告改变具体行政行为；选项 B 中被告只是纠正文字错误，并没有对决定产生实质影响，因此不属于改变具体行政行为；选项 C 中原告诉被告不作为，被告在二审期间履行了法定职责，属于改变具体行政行为；选项 D 涉及行政裁决案件，诉讼中原告与第三人达成和解，被告书面同意，也可视为改变具体行政行为，因此正确答案为 ACD。



诉；被告无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

【关联法条】

《若干解释》

第四十九条第一款 原告或者上诉人经合法传唤，无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理。

第四十九条第二款 原告或者上诉人申请撤诉，人民法院裁定不予准许的，原告或者上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可而中途退庭的，人民法院可以缺席判决。

考点解析

行政诉讼的缺席判决包括两种情形：

1. 对原告或上诉人的缺席判决。原告或上诉人申请撤诉，人民法院裁定不予准许的，原告或者上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可而中途退庭的，人民法院可以缺席判决。

2. 对被告的缺席判决。被告无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。缺席判决主要针对原告（或上诉人）与被告，与第三人无关，第三人经合法传唤无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理。

（四）财产保全和先予执行

1. 财产保全

重点法条

《若干解释》

第四十八条第一款 人民法院对于因一方当事人的行为或者其他原因，可能使具体行政行为或者人民法院生效裁判不能或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以依法采取财产保全措施。

考点解析

财产保全的启动须符合两个条件：

- （1）因当事人的行为或其他原因，可能使具体行政行为或法院判决不能或难以执行；
- （2）当事人提出申请或人民法院认为有必要采取财产保全措施。

2. 先予执行

重点法条

《若干解释》

第四十八条第二款 人民法院审理起诉行政机关没有依法发给抚恤金、社会保险金、最低生活保障费等案件，可以根据原告的申请，依法书面裁定先予执行。

第四十八条第三款 当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议。复议期间不停止裁定的执行。



考点解析

先予执行是法院尚未作出生效裁判之前，先行执行有关财产的行为。行政诉讼中的先予执行须符合以下条件：

(1) 涉及案件是行政机关没有依法发给抚恤金、社会保险金、最低生活保障费的案件；

(2) 原告提出申请。

真题演练

(2005 - 2 - 89)① 对下列哪些案件人民法院可以适用先予执行？

- A. 10 岁孤儿王某起诉要求乡人民政府颁发孤儿生活供养证的
- B. 伤残军人罗某起诉要求县民政局发放抚恤金的
- C. 张某被工商执法人员殴打致残起诉要求赔偿的
- D. 王某因公致残起诉要求某市社会保险管理局支付保险金的

(五) 具体行政行为的停止执行

重点法条

第四十四条 诉讼期间，不停止具体行政行为的执行。但有下列情形之一的，停止具体行政行为的执行：

(一) 被告认为需要停止执行的；

(二) 原告申请停止执行，人民法院认为该具体行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害社会公共利益，裁定停止执行的；

(三) 法律、法规规定停止执行的。

考点解析

具体行政行为因涉及行政管理秩序，因此以“起诉不停止执行”为原则，例外情形是：①被告认为需要停止执行；②原告申请，法院批准；③法律、法规规定停止执行的。

但事实上，“起诉不停止执行”的原则适用空间并不大，它只适用于行政机关有强制执行权的情形，如果法律、法规没有赋予行政机关强制执行权，行政机关必须申请人民法院强制执行，根据《若干解释》第 94 条的规定，在诉讼过程中，被告或者具体行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行被诉具体行政行为，人民法院不予执行，但不及时执行可能给国家利益、公共利益或者其他他人合法权益造成不可弥补的损失，人民法院可以先予执行。后者申请强制执行的，应当提供相应的财产担保。

真题演练

(2005 - 2 - 100)② 兴汇有限公司申报进口人工草坪，某海关征收关税和代征增值税

① BD。行政诉讼的先予执行涉及案件是行政机关没有依法发给抚恤金、社会保险金、最低生活保障费的案件，因此 BD 选项正确，而选项 A 是要求颁发孤儿生活供养证的许可案件，选项 C 是行政赔偿案件，都不涉及先予执行。

② CD。对于税务争议，当事人起诉后并不停止税收决定的执行，因此选项 B 错误。



后放行。后某海关发现兴汇有限公司进口人工草坪税则归类错误导致税率差异，遂又向兴汇有限公司补征关税和代征增值税近5万元。兴汇有限公司以第一次征税行为违法致使其未能将税款纳入成本造成损失为由要求某海关赔偿，在遭拒绝后，兴汇有限公司遂向法院提起行政赔偿诉讼。下列说法正确的是：

- A. 此案为涉外行政案件
- B. 因兴汇有限公司提起诉讼，补征税款的决定停止执行
- C. 兴汇有限公司的起诉符合单独提起行政赔偿诉讼的程序要求
- D. 兴汇有限公司应当对所遭受的损失承担举证责任

（六）合并审理

重点法条

第二十六条 当事人一方或者双方为二人以上，因同一具体行政行为发生的行政案件，或者因同样的具体行政行为发生的行政案件、人民法院认为可以合并审理的，为共同诉讼。

【关联法条】

《若干解释》

第四十六条 有下列情形之一的，人民法院可以决定合并审理：

- （一）两个以上行政机关分别依据不同的法律、法规对同一事实作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服向同一人民法院起诉的；
- （二）行政机关就同一事实对若干公民、法人或者其他组织分别作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服分别向同一人民法院起诉的；
- （三）在诉讼过程中，被告对原告作出新的具体行政行为，原告不服向同一人民法院起诉的；
- （四）人民法院认为可以合并审理的其他情形。

考点解析

共同诉讼与合并审理是相互联结的一组概念，共同诉讼分为两类：

1. 必要的共同诉讼，即当事人一方或者双方为二人以上，因同一具体行政行为发生的行政案件，此时法院应当合并审理。
2. 普通的共同诉讼，即法院决定可以合并审理的情形，根据《若干解释》，具体包括：
 - （1）两个以上行政机关，依据不同的法律规范，针对同一相对人，针对同一事实作出处理，相对人对此均表示不服的；
 - （2）行政机关就同一事实对若干相对人分别作出具体行政行为，这些相对人表示不服分别向同一法院起诉的；
 - （3）在诉讼过程中，被告对原告作出新的具体行政行为，原告不服向同一人民法院起诉的。

（七）行政诉讼附带民事诉讼

重点法条

《若干解释》

第六十一条 被告对平等主体之间民事争议所作的裁决违法，民事争议当事人要求人民法院一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。

考点解析

行政诉讼附带民事诉讼指法院在审理行政争议时，附带解决与该行政争议密切相关的民事争议。行政诉讼附带民事诉讼的适用要件是：

- (1) 被诉的具体行政行为是对平等主体之间民事争议的裁决；
- (2) 该裁决经法院审理被确认为违法；
- (3) 当事人要求受诉法院一并审理该民事争议。行政诉讼附带民事诉讼制度的设立主要是为了诉讼经济。

此处需要注意的是，解决该民事争议的仍旧是法院处理行政争议的行政庭，而不是将该民事争议再由行政庭转交民事庭。

与此相关的是行政诉讼中对涉及刑事犯罪问题的处理。《行政诉讼法》第56条规定：人民法院在审理行政案件中，认为行政机关的主管人员、直接责任人员违反政纪的，应当将有关材料移送该行政机关或者其上一级行政机关或者监察、人事机关；认为有犯罪行为的，应当将有关材料移送公安、检察机关。

真题演练

(2006-2-43)^① 区工商局以涉嫌虚假宣传为由扣押了王某财产，王某不服诉至法院。在此案的审理过程中，法院发现王某涉嫌受贿犯罪需追究刑事责任。法院的下列哪种做法是正确的？

- A. 终止案件审理，将有关材料移送有管辖权的司法机关处理
- B. 继续审理，待案件审理终结后，将有关材料移送有管辖权的司法机关处理
- C. 中止案件审理，将有关材料移送有管辖权的司法机关处理，待刑事诉讼程序终结后，恢复案件审理
- D. 继续审理，将有关材料移送有管辖权的司法机关处理

考点十 行政诉讼的判决种类

重点法条

第五十四条 人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：

- (一) 具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。

^① C。人民法院在审理行政案件时，发现有违法犯罪情形的，应中止行政案件的审理，将有关材料移送有权机关处理，待刑事诉讼程序结束后，再恢复行政诉讼程序，所谓行政让位于刑事，因此选项C正确。





(二) 具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：

1. 主要证据不足的；
2. 适用法律、法规错误的；
3. 违反法定程序的；
4. 超越职权的；
5. 滥用职权的。

(三) 被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。

(四) 行政处罚显失公正的，可以判决变更。

第五十五条 人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。

【关联法条】

《若干解释》

第五十三条 复议决定维持原具体行政行为的，人民法院判决撤销原具体行政行为，复议决定自然无效。

复议决定改变原具体行政行为错误，人民法院判决撤销复议决定时，应当责令复议机关重新作出复议决定。

第五十四条 人民法院判决被告重新作出具体行政行为，被告重新作出的具体行政行为与原具体行政行为的结果相同，但主要事实或者主要理由有改变的，不属于行政诉讼法第五十五条规定的情形。

人民法院以违反法定程序为由，判决撤销被诉具体行政行为的，行政机关重新作出具体行政行为不受行政诉讼法第五十五条规定的限制。

行政机关以同一事实和理由重新作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为，人民法院应当根据行政诉讼法第五十四条第(二)项、第五十五条的规定判决撤销或者部分撤销，并根据行政诉讼法第六十五条第三款的规定处理。

第五十五条 人民法院审理行政案件不得加重对原告的处罚，但利害关系人同为原告的除外。

人民法院审理行政案件不得对行政机关未予处罚的人直接给予行政处罚。

第五十六条 有下列情形之一的，人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求：

- (一) 起诉被告不作为理由不能成立的；
- (二) 被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的；
- (三) 被诉具体行政行为合法，但因法律、政策变化需要变更或者废止的；
- (四) 其他应当判决驳回诉讼请求的情形。

第五十七条 人民法院认为被诉具体行政行为合法，但不适宜判决维持或者驳回诉讼请求的，可以作出确认其合法或者有效的判决。

有下列情形之一的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决：

- (一) 被告不履行法定职责，但判决责令其履行法定职责已无实际意义的；
- (二) 被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容的；
- (三) 被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。

第五十八条 被诉具体行政行为违法，但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公



共利益造成重大损失的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决，并责令被诉行政机关采取相应的补救措施；造成损害的，依法判决承担赔偿责任。

第五十九条 根据行政诉讼法第五十四条第（二）项规定判决撤销违法的被诉具体行政行为，将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的，人民法院在判决撤销的同时，可以分别采取以下方式处理：

- （一）判决被告重新作出具体行政行为；
- （二）责令被诉行政机关采取相应的补救措施；
- （三）向被告和有关机关提出司法建议；
- （四）发现违法犯罪行为的，建议有权机关依法处理。

第六十条 人民法院判决被告重新作出具体行政行为，如不及时重新作出具体行政行为，将会给国家利益、公共利益或者当事人利益造成损失的，可以限定重新作出具体行政行为的期限。

人民法院判决被告履行法定职责，应当指定履行的期限，因情况特殊难于确定期限的除外。

考点解析

行政诉讼的一审判决共有六种，包括：维持判决、撤销判决、变更判决、履行判决、驳回原告诉讼请求判决、确认违法或无效判决。法院在作出撤销判决、变更判决、履行判决和确认违法判决时，可同时判决被告承担赔偿责任，但赔偿判决并非独立的判决种类，不能单独适用。

在这六种判决中，维持判决、撤销判决、变更判决和履行判决是《行政诉讼法》所规定的，而驳回原告诉讼请求判决与确认违法或无效判决是《若干解释》补充的两类判决类型。这六种判决种类的适用理由可归纳为下表。

判决种类	适用理由
维持	证据确凿、适用法律依据正确、符合法定程序
撤销	证据不足；适用法律错误；违反法定程序；超越职权；滥用职权
变更	行政处罚显失公正
履行	被告不履行或法定期限内不履行（注意：履行判决原则上应指定期限）
确认违法或无效	（1）被告不履行职责，判决履行无意义； （2）被诉行为违法，但不具有可撤销的内容； （3）被诉行为依法不成立或无效； （4）被诉行为应予撤销，但撤销会给公共利益造成损失的； （5）被告在一审中改变具体行政行为，原告不撤诉且原行为违法
驳回原告诉讼请求	（1）起诉被告不作为理由不成立； （2）被诉行为合法但不合理； （3）被诉行为合法，但因法律或政策改变而需要变更或废止 （4）被告在一审中改变具体行政行为，原告不撤诉且原行为合法

1. 维持判决

维持判决是对具体行政行为合法的确认，这种判决适用于被诉具体行政行为完全正确的情形，即具体行政行为必须同时具备证据确凿、适用法律依据正确、符合法定程序的要求。



2. 撤销判决

撤销判决是对具体行政行为违法的确认，法院通过撤销使具体行政行为溯及既往地失去效力。行政行为只要具备下列情形之一，法院即可判决撤销该行为：证据不足；适用法律错误；违反法定程序；超越职权；滥用职权。在复习撤销判决时，须注意以下要点：

(1) 根据撤销判决是否针对具体行政行为的全部，可以将撤销判决区分为全部撤销与部分撤销。部分撤销适用于具体行政行为可分的情形。

(2) 撤销并责令重作判决。法院在作出撤销判决时可同时责令被告重新作出新的具体行政行为，这就是所谓的“撤销并责令重作判决”，对于重作判决，需要注意的是：

① 人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。被告重新作出的具体行政行为与原具体行政行为的结果相同，但主要事实或者主要理由有改变的，不属于这种情形。另外，人民法院以违反法定程序为由，判决撤销被诉具体行政行为的，行政机关重新作出具体行政行为不受这一限制。

如果行政机关以同一事实和理由重新作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为，人民法院应当判决撤销或者部分撤销，并向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。

② 责令重作的期限。人民法院判决被告重新作出具体行政行为，原则上并不指定被告的履行期限，只有不及时重新作出具体行政行为，将会给国家利益、公共利益或者当事人利益造成损失的，可以限定重新作出具体行政行为的期限，也就是说，责令重作判决是以“不指定期限为原则，指定期限为例外”。

(3) 撤销判决与复议决定的关系。复议决定维持原具体行政行为的，人民法院判决撤销原具体行政行为，复议决定自然无效；复议决定改变原具体行政行为错误，人民法院判决撤销复议决定时，应当责令复议机关重新作出复议决定。在这种情形下，法院的撤销判决针对的是复议机关的复议决定，并非原来的具体行政行为，

(4) 撤销判决中的附带措施。根据《若干解释》的规定，法院在撤销被诉具体行政行为，将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的，人民法院在判决撤销的同时，可以分别采取以下方式处理：判决被告重新作出具体行政行为；责令被诉行政机关采取相应的补救措施；向被告和有关机关提出司法建议；发现违法犯罪行为的，建议有权机关依法处理。

3. 履行判决

履行判决适用于原告起诉被告不履行法定职责，法院确认被告不履行或拖延履行法定职责违法，并责令其在一定期限内履行的判决。履行判决也是一种原告胜诉的判决类型。与责令重作判决不同，法院在判决被告履行法定职责时原则上应指定履行的期限，但因情况特殊难以确定期限的除外，也就是说，履行判决以指定履行期限为原则，以不指定履行期限为例外。

4. 变更判决

变更判决是指法院直接对被告的具体行政行为进行变更的判决。变更判决中应注意的事项如下：

(1) 适用范围有限。变更判决是指法院直接对被诉具体行政行为进行变更，事实上就是法院用新的处理决定取代被告原来的决定。变更判决在行政诉讼中的适用范围有限，仅



限于“行政处罚显示公正的案件”，所谓“显失公正”，是指行政处罚虽然不违法，但明显不公正。因此，变更判决是法院只对具体行政行为的合法性进行审查这一原则的例外。此处应与复议决定中的变更决定相区别，后者可在任何情形下对具体行政行为进行变更。

(2) 不得加重处罚原则。原则上，人民法院在变更判决中不得加重对原告的处罚，但利害关系人同为原告的除外，即如果只有被处罚人作为原告起诉，要求减轻或者撤销原处罚决定，法院经审查后即使认为被告应加重处罚，也不能加重对原告的处罚。除非受害人和加害人均对处罚决定不服而起诉的，此时法院可以加重对加害人的处罚；或者只有受害人起诉，加害人作为第三人参加诉讼的，因加害人并非原告，法院可以加重对加害人的处罚。

(3) 审理行政案件不得对行政机关未予处罚的人直接给予行政处罚。

5. 确认判决

确认判决具体包括确认违法判决和确认无效判决，具体适用条件包括：

(1) 被告不履行法定职责，但判决其履行已无意义。这种情形是指被告不履行法定职责已经给原告造成了损失，即使被告再履行法定职责，也难以挽回损失。

(2) 被诉行为违法，但不具有可撤销内容。这种情形主要指被诉具体行政行为已经执行完毕且无法恢复原状。

(3) 被诉行为依法不成立或无效。对于被诉行为依法不成立或无效的，应判决确认该行为无效。例如，行政处罚没有法定依据或者违反法定程序的。

(4) 被诉行为应予撤销，但撤销会给国家利益、公共利益造成重大损失的，法院应作出确认违法判决，并责令被诉行政机关采取相应的补救措施，造成损害的应当依法判决被告承担赔偿责任。

(5) 被告在一审中改变具体行政行为，原告不撤诉且原行为违法。如果被告在一审期间已经改变了具体行政行为，原告不撤诉要求继续审理原行为的，根据前文所述，法院应继续审理原行为，如审查后认为原行为违法的，因原行为已经被被告撤销，所以法院应作出确认原行为违法的判决。

6. 驳回原告诉讼请求判决

驳回原告诉讼请求判决适用于被告胜诉，但却无法适用维持判决的情形，具体而言，驳回原告诉讼请求判决的适用条件包括：

(1) 原告起诉被告不作为理由不成立。由于被告并没有作什么行为，因此法院此时不能作出维持判决，只能驳回原告的诉讼请求；

(2) 被诉行为合法但不合理。被诉行为虽然合法，但不合理，法院也不应将其维持，否则被告也会受到维持判决的拘束，而丧失了嗣后变更该行为的可能。

(3) 被诉行为合法，但因法律或政策改变而需要变更或废止。判断具体行政行为是否合法的时间基准是具体行政行为作出之时，因此，如果被诉具体行政行为在作出时，根据当时的法律规范是合法的，即使嗣后因为法律或政策的改变而“变得”违法了，需要变更或废止，法院也不能作出撤销或变更判决，否则对被告不公，但法院也不能作出维持判决，因为维持意味着将被诉行为的“不合法”状态继续延续下去，此时，法院应作出驳回原告诉讼请求判决。

(4) 被告在一审中改变具体行政行为，原告不撤诉且原行为合法。如果被告在一审期间已经改变了具体行政行为，原告不撤诉要求继续审理原行为的，根据前文所述，法院应



继续审理原行为，如审查后认为原行为合法的，因原行为已经被被告撤销，所以法院应作出驳回原告诉讼请求判决。

需要注意的是，驳回原告诉讼请求判决与驳回起诉不同，前者是对案件进行审理后对被诉具体行政行为所作的实体评价，而后者则是程序性的裁定，并没有进行过实体审理。

真题演练

1. (2005-2-42)^① 某乡人民政府对程某征收农民负担费用 500 元，县人民政府经复议将费用减为 400 元。程某不服遂向法院提起诉讼。法院经审理认为征收 400 元的费用违反了国家规定的不得超过上年度农民人均纯收入 5% 的标准。法院应如何处理此案？

- A. 变更县政府的决定，确定应交纳费用的具体标准
- B. 确认县政府的决定违法，责令乡政府重新作出决定
- C. 撤销县政府的决定，责令乡政府重新作出决定
- D. 撤销县政府的决定，责令县政府重新作出决定

2. (2006-2-45)^② 法院在审理某药品行政处罚案时查明，药品监督管理局在作出处罚决定前拒绝听取被处罚人甲的陈述申辩。下列关于法院判决的哪种说法是正确的？

- A. 拒绝听取陈述申辩属于违反法定程序，应判决撤销行政处罚决定，并判令被告重新作出具体行政行为
- B. 拒绝听取陈述申辩属于程序瑕疵，应判决驳回原告的诉讼请求
- C. 拒绝听取陈述申辩属于违反法定程序，应判决确认行政处罚决定无效
- D. 拒绝听取陈述申辩属于违反法定程序，应判决确认行政处罚决定不能成立

3. (2006-2-46)^③ 法院因主要证据不足判决撤销被诉具体行政行为并判令被告重新作出具体行政行为后，被告以同一事实与理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为，原告向法院提起诉讼的，法院下列哪种做法是正确的？

- A. 确认被告重新作出的具体行政行为违法
- B. 确认被告重新作出的具体行政行为无效
- C. 判决撤销该具体行政行为，并判令被告重新作出具体行政行为
- D. 判决撤销该具体行政行为，并向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议

4. (2007-2-83)^④ 罗某受到朱某的人身威胁，向公安机关报案，公安机关未采取任何措施。三天后，罗某了解到朱某因涉嫌抢劫被刑事拘留。罗某以公安机关不履行法定职责为由向法院提起行政诉讼，同时提出行政赔偿请求，要求赔偿精神损失。法院经审理

① D。程某所诉的是县政府的复议决定，则法院在撤销违法的复议决定时，应责令被告复议机关重新作出复议决定，因此选项 D 正确。

② C。根据《行政处罚法》的规定，行政机关在作出处罚决定前，没有告知当事人事实、理由和依据，或者拒绝听取当事人陈述、申辩的，为处罚不成立的行为。但《若干解释》并没有规定“确认不成立”的判决，而是规定“行政行为无效或不成立的”均应作出确认无效判决，因此选项 C 正确。

③ D。法院撤销被告的具体行政行为后，被告又以同一事实与理由作出与原具体行政行为基本相同的行政行为，原告向法院提起诉讼，法院应当受理，并应继续撤销此行为，还可以向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议，因此选项 D 正确。

④ BD。本案中罗某诉公安机关不作为，但此时判决公安机关履行法定职责已经没有意义，因此应确认其违法，选项 B 正确；我国国家赔偿法没有规定精神损害赔偿，因此选项 D 也正确。



认为，公安机关确未履行法定职责。下列哪些选项是正确的？

- A. 因朱某已被刑事拘留，法院应当判决驳回罗某起诉
- B. 法院应当判决确认公安机关不履行职责行为违法
- C. 法院应当判决公安机关赔偿罗某的精神损失
- D. 法院应当判决驳回罗某的行政赔偿请求

5. (2008-2-43)^① 某银行以某公司未偿还贷款为由向法院起诉，法院终审判决认定其请求已过诉讼时效，予以驳回。某银行向某县政府发函，要求某县政府落实某公司的还款责任。某县政府复函，请贵行继续依法主张债权，我们将配合做好有关工作。尔后，某银行向法院起诉，请求某县政府履行职责。法院经审理认为，某县政府已履行相应职责，某银行的债权不能实现的原因在于其主张债权时已超过诉讼时效。下列哪一选项是错误的？

- A. 本案应由中级法院管辖
- B. 因法院的生效判决已对某银行与某公司的民事关系予以确认，某县政府不能重新进行确定
- C. 法院应当判决确认某县政府的复函合法
- D. 法院应当判决驳回某银行的诉讼请求

6. (2008-2-48)^② 某县政府与甲开发公司签定《某地区改造项目协议书》，对某地区旧城改造范围、拆迁补偿费及支付方式和期限等事宜加以约定。乙公司持有经某市政府批准取得的国有土地使用证的第15号地块，位于某地区改造范围。甲开发公司获得改造范围内新建的房屋预售许可证，并向社会公开预售。乙公司认为某县政府以协议形式规划、管理和利用项目改造的行为违法，向法院起诉，法院受理。下列哪一选项是正确的？

- A. 某县政府与甲开发公司签定的《某地区改造项目协议书》属内部协议
- B. 某县政府应当依职权先行收回乙公司持有的第15号地块国有土地使用证
- C. 因乙公司不是《某地区改造项目协议书》的当事人，法院应驳回起诉
- D. 若法院经审理查明，某县政府以协议形式规划、管理和利用项目改造的行为违法，应当判决确认某县政府的行为违法，并责令采取补救措施

考点十一 非诉案件的执行

重点法条

第六十六条 公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行的，行政机关可以申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。

^① C。本案中银行起诉县政府不作为理由不成立，应判决驳回银行的诉讼请求，因此选项D正确，选项C错误；本案因被告是县政府，因此应由中院管辖，故选项A正确；法院的生效判决已对银行与某公司的民事关系进行了确认，县政府同样受生效判决拘束，不能作出与此相反的确，因此选项B正确。

^② D。本案属于典型的被诉具体行政行为违法，法院应予撤销，但撤销会给公共利益造成重大损失，因此法院应作出确认违法判决，故选项D正确。



【关联法条】

《若干解释》

第八十六条 行政机关根据行政诉讼法第六十六条的规定申请执行其具体行政行为，应当具备以下条件：

- （一）具体行政行为依法可以由人民法院执行；
- （二）具体行政行为已经生效并具有可执行内容；
- （三）申请人是作出该具体行政行为的行政机关或者法律、法规、规章授权的组织；
- （四）被申请人是该具体行政行为所确定的义务人；
- （五）被申请人在具体行政行为确定的期限内或者行政机关另行指定的期限内未履行义务；
- （六）申请人在法定期限内提出申请；
- （七）被申请执行的行政案件属于受理申请执行的人民法院管辖。

人民法院对符合条件的申请，应当立案受理，并通知申请人；对不符合条件的申请，应当裁定不予受理。

第八十七条 法律、法规没有赋予行政机关强制执行权，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院应当依法受理。

法律、法规规定既可以由行政机关依法强制执行，也可以申请人民法院强制执行，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院可以依法受理。

第八十八条 行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为，应当自被执行人的法定起诉期限届满之日起 180 日内提出。逾期申请的，除有正当理由外，人民法院不予受理。

第八十九条 行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为，由申请人所在地的基层人民法院受理；执行对象为不动产的，由不动产所在地的基层人民法院受理。

基层人民法院认为执行确有困难的，可以报请上级人民法院执行；上级人民法院可以决定由其执行，也可以决定由下级人民法院执行。

第九十条 行政机关根据法律的授权对平等主体之间民事争议作出裁决后，当事人在法定期限内不起诉又不履行，作出裁决的行政机关在申请执行的期限内未申请人民法院强制执行的，生效具体行政行为确定的权利人或者其继承人、权利承受人在 90 日内可以申请人民法院强制执行。

享有权利的公民、法人或者其他组织申请人民法院强制执行具体行政行为，参照行政机关申请人民法院强制执行具体行政行为的规定。

第九十一条 行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为，应当提交申请执行书、据以执行的行政法律文书、证明该具体行政行为合法的材料和被执行人财产状况以及其他必须提交的材料。

享有权利的公民、法人或者其他组织申请人民法院强制执行的，人民法院应当向作出裁决的行政机关调取有关材料。

第九十二条 行政机关或者具体行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行前，有充分理由认为被执行人可能逃避执行的，可以申请人民法院采取财产保全措施。后者申请强制执行的，应当提供相应的财产担保。

第九十三条 人民法院受理行政机关申请执行其具体行政行为的案件后，应当在 30



日内由行政审判庭组成合议庭对具体行政行为的合法性进行审查，并就是否准予强制执行作出裁定；需要采取强制执行措施的，由本院负责强制执行非诉行政行为的机构执行。

第九十四条 在诉讼过程中，被告或者具体行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行被诉具体行政行为，人民法院不予执行，但不及时执行可能给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成不可弥补的损失的，人民法院可以先予执行。后者申请强制执行的，应当提供相应的财产担保。

第九十五条 被申请执行的具体行政行为有下列情形之一的，人民法院应当裁定不准予执行：

- （一）明显缺乏事实根据的；
- （二）明显缺乏法律依据的；
- （三）其他明显违法并损害被执行人合法权益的。

考点解析

非诉案件的执行是指具体行政行为作出后，行政相对人既不及时起诉，也不履行行政行为中设定的义务，人民法院根据作出该行为的行政机关的申请，而强制执行该具体行政行为的活动。因为该具体行政行为并没有进入行政诉讼程序，未经过法院的司法审查，因此对它的执行又称为“非诉案件的执行”。

行政机关之所以要申请人民法院执行其具体行政行为，因为强制执行权特别攸关相对人的合法权益。为避免行政机关实施违法强制执行措施给相对人的财产和人身权利造成不可弥补的损害，《行政诉讼法》和《若干解释》规定，只有法律、法规赋予行政机关强制执行权时，才可以自己强制执行，否则就应申请人民法院强制执行。也就是说，对于具体行政行为的执行，行政机关以“申请人民法院强制执行为原则，以自己执行为例外”。在我国拥有自行强制执行权的主要是四类行政机关：海关、税务、工商与公安。

非诉案件的执行是行政诉讼中的重点，需掌握以下内容。

1. 执行对象：非诉案件的执行是行政机关的具体行政行为。

2. 执行条件。根据《若干解释》第86条和第87条的规定，行政机关申请法院执行其具体行政行为，应当具备以下条件：

（1）具体行政行为依法可以由人民法院执行。其中法律、法规没有赋予行政机关强制执行权，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院应当依法受理。法律、法规规定既可以由行政机关依法强制执行，也可以申请人民法院强制执行，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院可以依法受理。

（2）具体行政行为已经生效并具有可执行内容。

（3）申请人是作出该具体行政行为的行政机关或者法律、法规、规章授权的组织。

（4）被申请人是该具体行政行为所确定的义务人。

（5）被申请人在具体行政行为确定的期限内或者行政机关另行指定的期限内未履行义务。

（6）申请人在法定期限内提出申请。

（7）被申请执行的行政案件属于受理申请执行的人民法院管辖。

人民法院对符合条件的申请，应当立案受理，并通知申请人；对不符合条件的申请，应当裁定不予受理。



3. 申请人。非诉案件执行的申请人原则上是作出具体行政行为的行政机关或法律、法规授权组织。特殊情形下，民事争议中的权利人或其继承人也可以申请法院强制执行具体行政行为，即行政机关根据法律的授权对平等主体之间民事争议作出裁决后，当事人在法定期限内不起诉又不履行，作出裁决的行政机关在申请执行的期限内未申请人民法院强制执行的，生效具体行政行为确定的权利人或者其继承人、权利承受人可以申请人民法院强制执行。

值得注意的是，如前面《行政复议法》所规定，经过复议的案件，复议机关维持原具体行政行为的，由原机关申请强制执行；复议机关改变原具体行政行为的，由复议机关申请人民法院强制执行。

4. 申请期限。行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为，应当自被执行人法定起诉期限届满之日起180日内；民事争议中的权利人或继承人申请法院强制执行具体行政行为，可以自行政机关申请执行的期限届满后90日内提出。

5. 执行法院。行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为，由申请人所在地基层人民法院受理；执行对象为不动产的，由不动产所在地的基层人民法院受理。基层人民法院认为执行确有困难的，可以报请上级人民法院执行；上级人民法院可以决定由其执行，也可以决定由下级人民法院执行。

6. 提交材料。行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为，应当提交申请执行书、据以执行的行政法律文书、证明该具体行政行为合法的材料和被执行人财产状况以及其他必须提交的材料。

7. 法院审查期限。法院受理行政机关申请执行其具体行政行为的案件后，应当在30日内由行政审判庭组成合议庭对具体行政行为的合法性进行审查，并就是否准予强制执行作出裁定。

8. 诉讼中行政机关申请执行强制执行的，原则上不予执行。在诉讼过程中，被告的具体行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行被诉具体行政行为，人民法院不予执行，但不及时执行可能给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成不可弥补的损失的，人民法院可以先予执行。后者申请强制执行的，应当提供相应的财产担保。

9. 对执行申请的审查与裁定。法院受理行政机关申请执行其具体行政行为的案件后，应当由行政审判庭组成合议庭对具体行政行为的合法性进行审查，并就是否准予强制执行作出裁定。

此处需要注意的是，法院对具体行政行为的执行申请进行的是“实质性审查”，而不是形式性审查，审查的标准是看具体行政行为是否“明显违法并损害被执行人合法权益”，如果具体行政行为明显缺乏事实根据；或者明显缺乏法律依据；或者其他明显违法并损害被执行人合法权益的，法院不予执行。

真题演练

1. (2003-2-73)① 甲乙两村因某一土地所有权发生争议，县人民政府将该土地确

① BCD。本案是典型的行政裁决案件，乙村作为义务人既不起诉又不履行义务，裁决机关县政府可申请法院强制执行，如县政府在法定期限内未申请，甲村作为行政裁决的权利人可以申请强制执行，因此选项A错误，B选项正确；本案中对于乙村不履行义务的行为，甲村还可以请求县政府责令其履行，因此选项C正确；因县政府已对甲乙村的土地所有权归属进行了确权裁决，因此甲村也可据此提起民事诉讼，要求排除乙村的妨害，故D选项正确。



定为甲村所有，乙村在法定期限内没有向法院起诉，但仍继续占有并使用该片土地。下列说法正确的是：

- A. 甲村无权向人民法院申请强制执行
- B. 县政府可以向人民法院申请强制执行
- C. 甲村可以要求县政府履行法定职责
- D. 甲村可以对乙村提起民事诉讼

2. (2005-2-83)^① 某市建筑材料厂超标排放污水违反了《中华人民共和国水污染防治法》，该市环境保护局对其处以2万元的罚款。在规定期间内该厂既不交纳罚款也未向法院提起诉讼，该市环境保护局向法院申请强制执行。下列哪些说法是正确的？

- A. 市环境保护局应当自罚款决定生效之日起90日向法院提起执行申请
- B. 市环境保护局如有理由认为某市建筑材料厂逃避执行，可以在提出执行申请之前要求法院采取财产保全措施
- C. 市环境保护局应当向法院提供某市建筑材料厂财产状况的材料
- D. 人民法院在强制执行此罚款决定前，应当对罚款决定是否合法进行审查

3. (2007-2-41)^② 某建筑公司雇佣修建某镇农贸市场，但长期拖欠工资。县劳动局作出《处理决定书》，要求该公司支付工资，并加付应付工资50%的赔偿金。该公司在法定期限内既未履行处理决定，也未申请行政复议和提起诉讼。下列哪一选项是正确的？

- A. 县劳动局申请法院强制执行，应当自该公司的法定起诉期限届满之日起90日内提出
- B. 县劳动局申请法院强制执行，由该县法院受理
- C. 县劳动局申请执行应当提交的全部材料包括申请执行书、据以执行的行政法律文书、证明该具体行政行为合法的材料
- D. 法院受理申请执行案件后，应当在30日内由执行庭对行政处理决定的合法性进行审查

4. (2007-2-92)^③ 甲公司从澳大利亚某公司购买了2万吨化肥运抵某市。海关认定甲公司在无进口许可证等报关单证的情况下进口货物，且未经海关许可擅自提取货物，遂以保证金的名义向甲公司收缴人民币200万元。随后作出罚款1000万元的行政处罚决定。甲公司认为处罚过重，但既未缴纳罚款，也未申请行政复议或者提起行政诉讼。下列说法错误的是：

- A. 海关可以直接将甲公司缴纳的保证金抵缴部分罚款

① BCD。市环境保护局应当自市建筑材料厂法定起诉期限届满之日起180日内向法院提起执行申请，因此选项A错误，而BCD符合上文中关于非诉案件执行的要点。

② B。县劳动局申请法院强制执行，应当自该公司的法定起诉期限届满之日起180日内提出，因此选项A错误；县劳动局申请执行应当提交的全部材料除包括申请执行书、据以执行的行政法律文书、证明该具体行政行为合法的材料外，还应包括被申请人财产状况的证明，因此选项C错误；法院受理申请执行案件后，应当由行政庭，而非执行庭进行审查，因此选项D错误。申请执行法院为申请人所在地的基层人民法院，因此选项B正确。

③ BD。海关拥有自行强制执行权，因此A选项正确；对于法律、法规规定有自行强制执行权的行政机关，可自己执行，也可以申请法院强制执行，因此选项B错误；行政机关申请强制执行的期限是自被申请人法定起诉期限届满之日起180日内提出，因此选项C正确；海关申请强制执行其具体行政行为，应由海关所在地的基层法院受理，因是“非诉案件执行”，而非以海关为被告提起诉讼，因此选项D错误。



- B. 海关只能申请法院强制执行其处罚决定
- C. 海关应当自甲公司起诉期限届满之日起 180 日内提出行政强制执行申请
- D. 海关申请强制执行其处罚决定, 应当由海关所在地的中级人民法院受理

5. (2008-2-47)^① 某市建设委员会以某公司的房屋占压输油、输气管道线为由, 作出限期拆除决定, 要求某公司自收到决定之日起 10 日内自行拆除。但某公司逾期未拆除, 亦未在法定期限内提起诉讼, 某市建设委员会申请法院强制执行。下列哪一选项是正确的?

- A. 若法律、法规赋予某市建设委员会有自行强制执行权, 法院即应不受理其申请
- B. 某市建设委员会应当向其所在地的法院申请强制执行
- C. 接受申请的法院应当在受理申请之日起 30 日内作出是否准予强制执行的裁定
- D. 若在某市建设委员会申请强制执行前, 某公司已对限期拆除决定提起诉讼, 法院无权在诉讼期间执行拆除决定

6. (2009-2-43)^② 村民陈某在本村建一住宅。镇政府认定其非法占用土地, 违反《土地管理法》, 作出拆除房屋、退还土地的决定, 随后将房屋强制拆除。陈某向法院提起诉讼, 请求撤销镇政府的决定、确认拆除行为违法。关于镇政府的权力, 下列哪一选项是正确的?

- A. 有权作出拆除决定, 但无权强制执行
- B. 有权作出拆除决定, 也有权强制执行
- C. 无权作出拆除决定, 也无权强制执行
- D. 无权作出拆除决定, 但可以强制执行

考点十二 法院判决、裁定和赔偿判决书的执行

重点法条

第六十五条 当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定。

公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的, 行政机关可以向第一审人民法院申请强制执行, 或者依法强制执行。

行政机关拒绝履行判决、裁定的, 第一审人民法院可以采取以下措施:

- (一) 对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金, 通知银行从该行政机关的账户内划拨;
- (二) 在规定期限内不履行的, 从期满之日起, 对该行政机关按日处五十元至一百元的罚款;
- (三) 向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关, 根据有关规定进行处理, 并将处理情况告知人民法院;
- (四) 拒不履行判决、裁定, 情节严重构成犯罪的, 依法追究主管人员和直接责任人员

^① C。

^② C。根据《土地管理法》的规定, 对于非法占用土地的, 应由县级以上人民政府作出限期拆除房屋的决定, 因此本案中镇政府无此权限, 同时在我国只有海关、工商、税务和公安有自行强制执行权, 镇政府也无权强制执行其决定, 因此选项 C 正确。

员的刑事责任。

【关联法条】

《若干解释》

第八十三条 对发生法律效力的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书，负有义务的一方当事人拒绝履行的，对方当事人可以依法申请人民法院强制执行。

第八十四条 申请人是公民的，申请执行生效的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书的期限为1年，申请人是行政机关、法人或者其他组织的为180日。

申请执行的期限从法律文书规定的履行期间最后一日起计算；法律文书中没有规定履行期限的，从该法律文书送达当事人之日起计算。

逾期申请的，除有正当理由外，人民法院不予受理。

第八十五条 发生法律效力的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书，由第一审人民法院执行。

第一审人民法院认为情况特殊需要由第二审人民法院执行的，可以报请第二审人民法院执行；第二审人民法院可以决定由其执行，也可以决定由第一审人民法院执行。

考点解析

与非诉案件的执行不同，法院判决、裁定和赔偿决定书执行的对象是法院已经生效的判决、裁定和赔偿判决书。执行原因是当事人不履行上述法律文书。对法院生效判决、裁定和赔偿决定书的执行，需要注意的问题是：

1. 申请期限。申请人是公民的，申请执行生效的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书的期限为1年，申请人是行政机关、法人或者其他组织的为180日。申请执行的期限从法律文书规定的履行期间最后一日起计算；法律文书中没有规定履行期限的，从该法律文书送达当事人之日起计算。逾期申请的，除有正当理由外，人民法院不予受理。

2. 执行法院。发生法律效力的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书，由第一审人民法院执行。第一审人民法院认为情况特殊需要由第二审人民法院执行的，可以报请第二审人民法院执行；第二审人民法院可以决定由其执行，也可以决定由第一审人民法院执行。

3. 被诉行政机关拒不履行判决、裁定和行政赔偿判决的处理。行政机关拒绝履行判决、裁定的，第一审人民法院可以采取以下措施：对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金，通知银行从该行政机关的账户内划拨；在规定期限内不履行的，从期满之日起，对该行政机关按日处50~100元的罚款；向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院；拒不履行判决、裁定，情节严重构成犯罪的，依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。



第七讲 《国家赔偿法》

【本讲概要】 国家赔偿从内容上，分为行政赔偿与司法赔偿两部分。考生需要掌握的内容要点包括：行政赔偿的范围、请求人和赔偿义务机关、赔偿程序；司法赔偿的范围、请求人和赔偿义务机关、赔偿程序。

考点一 国家赔偿的构成要件与归责原则

重点法条

第二条 国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。

国家赔偿由本法规定的赔偿义务机关履行赔偿义务。

考点解析

国家赔偿构成要件是国家承担赔偿责任的必要条件，即国家应在什么情况下给予受害人赔偿、申请人符合哪些条件才能取得国家赔偿，审判机关根据哪些条件才能要求赔偿义务机关进行赔偿。

国家赔偿的构成要件具体而言包括主体要件、行为要件、损害后果要件、因果要件和法律要件五项，分别如下：

1. 主体要件。国家赔偿必须是因国家侵权行为所引起的赔偿责任，但是并非所有的国家机关实施的行为均能获得国家赔偿。根据《国家赔偿法》的规定，只有行使国家行政权与司法权的机关和组织所实施的行为，才可能引起国家赔偿，其中行使行政权的主体即为前文中所说的行政主体，具体包括行政机关与法律、法规授权组织，而行使司法权的主体则包括法院、检察院以及实施刑事侦查活动的公安、国防安全以及监狱管理机关。立法机关和军事机关等都不会引起国家赔偿责任。

2. 行为要件。国家赔偿必须是因国家机关和国家机关工作人员执行职务的行为。如何理解“职务行为”是国家赔偿的关键。《国家赔偿法》将“职务行为”解析为“与行使职权有关的行为”。判断职务行为可以通过行为实施的时间、地点、名义、目的等因素来综合考虑。但基本上，对“职务性”的判断应采用客观标准，只要受害人理由相信工作人员是在执行职务，或客观上足以认定其行为与执行职务有关，就是职务行为。

3. 损害后果要件。损害后果要件是指国家机关及其工作人员的行为必须造成了公民、法人或其他组织合法权益的实际损害。损害后果包含以下几个方面：①必须是公民、法人或其他组织的合法权益受损，国家不赔偿当事人的不法权益；②必须是有实际损害后果发生，国家赔偿原则上不包含可期待利益的赔偿；③国家赔偿原则上只赔偿物质损害，对于



精神损害,《国家赔偿法》仅规定了赔礼道歉、恢复名誉、消除影响等方式。

4. 因果关系要件。国家侵权行为与当事人遭受的损害之间必须具有确定的因果关系。一般情况下,对国家赔偿中的因果关系判断采用的标准为充分性要件。如果有侵权行为,就会产生损害后果,那么侵权行为和损害后果之间就有因果关系;如果没有侵权行为,就一定不会发生损害后果,那么侵权行为和损害后果之间也有因果关系。

5. 法律要件。并非所有的国家侵权行为都能引起国家赔偿,我国的国家赔偿有范围限制,即便一个案件符合上述主体、行为、损害后果和因果关系要件,还要看它是否属于国家赔偿法所规定的赔偿范围。

国家赔偿的归责原则是国家承担责任的核心原则,不同于民事赔偿中的过错原则,国家赔偿采取的是违法归责原则,即只要国家机关及其工作人员的职权行为违法,其所造成的损害国家就应当承担赔偿责任,而不论国家机关工作人员是否有主观过错。此外,违法行为造成的影响引起的是国家赔偿责任,而合法行为造成的影响引起的是国家补偿责任。

国家赔偿的责任主体是国家,不是国家机关,也不是国家机关中的工作人员,但具体赔偿义务是由法定的赔偿义务机关履行的。

真题演练

1. (2000-1-17)^① 某市公安局刑警赵某下班期间发现有人斗殴,即予以制止。正当打架的马某与赵某有隙,便对赵某出言不逊。赵某大怒,拔枪将马某击伤。下列关于赔偿责任的说法正确的是:

- A. 应由赵某赔偿,因其行为属于与行使职权无关的个人行为
- B. 应由赵某赔偿,因其是刑事警察,无治安管理权,且是在下班期间作出的
- C. 应由公安局赔偿,因赵某的行为属于职务行为
- D. 应由公安局赔偿,因赵某的行为属于违法使用武器、警械造成公民身体伤害的情形

2. (2006-2-44)^② 2005年4月,县交通局执法人员甲在整顿市场秩序的执法活动中,滥用职权致使乘坐在非法营运车辆上的孕妇乙重伤,检察机关对甲提起公诉。为保障自己的合法权益,乙的下列哪种做法是正确的?

- A. 提起刑事附带民事诉讼,要求甲承担民事赔偿责任
- B. 提起行政赔偿诉讼,要求甲所在行政机关承担国家赔偿责任
- C. 提起刑事附带行政赔偿诉讼,要求甲所在行政机关承担国家赔偿责任
- D. 提起刑事附带民事诉讼,要求甲及其所在的行政机关承担民事赔偿责任

3. (2007-2-89)^③ 李某租用一商店经营服装。某区公安分局公安人员驾驶警车追捕时,为躲闪其他车辆,不慎将李某服装厅的橱窗玻璃及模特衣物撞坏。事后,公安分局

① CD。判断是否属于国家赔偿的范围,是否属于“职务行为”,应采用客观标准,本案中公安局刑警赵某的行为虽发生在下班期间,虽然原因在于马某与赵某有隙,但赵某的行为从客观上仍旧属于履行职务的行为,因此CD选项正确。

② B。因甲的侵权行为是在执行职务时发生的,因此乙应提起行政赔偿诉讼,要求甲所在的行政机关承担国家赔偿责任,故选项B正确。我国并没有规定刑事附带行政诉讼的体制,因此选项C错误。本案因是由甲履行职务的行为而引发的,因此是国家赔偿,而非民事赔偿,故选项AD错误。

③ ABD。本案中市公安局的行为是合法行为,而非违法行为,因此引发的是补偿责任,而非赔偿责任,故选项C正确。



与李某协商赔偿不成，李某请求国家赔偿。下列哪些选项是错误的？

- A. 公安分局应作为赔偿义务机关，因为李某曾与其协商赔偿
- B. 公安分局不应作为赔偿义务机关，因该公安人员行为属于与行使职权无关的个人行为
- C. 公安分局不应作为赔偿义务机关，因为该公安人员的行为不是违法行使职权，应按行政补偿解决
- D. 公安分局应作为赔偿义务机关，因为该公安人员的行为属于与行使职权有关的行为

考点二 行政赔偿范围

重点法条

第三条 行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

- (一) 违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的；
- (二) 非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的；
- (三) 以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的；
- (四) 违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的；
- (五) 造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。

第四条 行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

- (一) 违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的；
- (二) 违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的；
- (三) 违反国家规定征收财物、摊派费用的；
- (四) 造成财产损失的其他违法行为。

第五条 属于下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：

- (一) 行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为；
- (二) 因公民、法人和其他组织自己的行为致使损害发生的；
- (三) 法律规定的其他情形。

考点解析

行政赔偿是国家行政机关及其工作人员在行使行政职权时，侵犯公民、法人和其他组织合法权益造成损害时所进行的赔偿。《国家赔偿法》对行政赔偿范围的规定，分为正面列举和反面排除两类。第3条和第4条分别列举了国家承担赔偿责任的行政违法案件，其中第3条为侵犯人身权的案件，而第4条为侵犯财产权的案件，第5条从反面排除了国家不承担赔偿责任的案件。综合这三条的逻辑关系，《国家赔偿法》是在表明侵犯公民人身权和财产权的行政违法行为，只要不属于第5条的排除范围，国家就应当承担赔偿责任。



1. 行政赔偿范围中的人身侵权案件。对人身权的侵害，包括对人身自由的侵害与对生命健康权的侵害。第3条第一项、第二项是关于人身自由的侵害，第三项、第四项是关于生命健康权的侵害。需要注意的是，第一项中的“违法拘留”是指有行政拘留权的行政机关（即公安机关）违法行使拘留权，而第二项中的“非法拘禁”是指没有限制公民人身自由的行政机关非法剥夺公民的人身自由。第三项中的“暴力行为”除行政机关工作人员自己实施的暴力行为外，还包括行政机关工作人员唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或死亡的。第四项中的“违法使用武器、警械”必须是行政机关的工作人员在执行职务的过程中，否则不属于国家赔偿的范围。

2. 行政赔偿范围内的财产侵权赔偿案件。财产侵权案件是指国家行政机关及其工作人员的违法行政造成了公民财产的毁损、灭失与减少。其中包括：违法实施行政处罚；违法对财产采取强制措施；违反国家规定征收财物、摊派费用；造成财产损害的其他违法行为。

3. 国家不承担行政赔偿责任的范围。具体包括：

（1）行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为。个人行为与行使职权无关，后果只能由行政机关工作人员个人承担。区别个人行为与职权行为应采取客观标准，而并非行政机关工作人员的主观意志。只要客观上足以认定行政机关工作人员的行为与职务相关就是职务行为，而不论其是否在工作时间实施，是否在工作岗位上实施等。

（2）因公民、法人或其他组织自己的行为致使损害发生的。自己行为造成的损失由公民、法人或其他组织自己承担，但如果是混合过错，国家不能免责，应按过错比例分担赔偿责任。

（3）法律规定的其他情形。本条中的“法律”是狭义的法律，即全国人大及其常委会制定的法律。

考点三 赔偿请求权人与行政赔偿义务机关

重点法条

第六条 受害的公民、法人或者其他组织有权要求赔偿。

受害的公民死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属有权要求赔偿。

受害的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织有权要求赔偿。

第七条 行政机关及其工作人员行使行政职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，该行政机关为赔偿义务机关。

两个以上行政机关共同行使行政职权时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，共同行使行政职权的行政机关为共同赔偿义务机关。

法律、法规授权的组织在行使授予的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，被授权的组织为赔偿义务机关。

受行政机关委托的组织或者个人在行使受委托的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，委托的行政机关为赔偿义务机关。

赔偿义务机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关为赔偿义务机关；没有继续行使其职权的行政机关的，撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。

第八条 经复议机关复议的，最初造成侵权行为的行政机关为赔偿义务机关，但复议

机关的复议决定加重损害的，复议机关对加重的部分履行赔偿义务。

考点解析

1. 赔偿请求权人

赔偿请求权人即有权要求国家赔偿的人。在国家赔偿中，行政赔偿请求人与刑事赔偿请求人范围相同，为受害的公民、法人或其他组织。如受害公民死亡，或者受害的法人或其他组织终止，请求权资格会发生移转。受害人死亡后，有权请求赔偿的人有：一是继承人；二是其他有抚养关系的亲属。此处的“亲属”与其他法律中规定的“近亲属”范围不同，近亲属的范围更小。另外需要注意的是，继受赔偿请求权资格的人是以自己的名义起诉的，如果受害的法人或其他组织终止，承受其权利的法人或其他组织有权要求赔偿，如果法人或其他组织被行政机关撤销，根据前文中《若干解释》的规定，原企业或法人组织依旧具有行政赔偿请求权。

2. 行政赔偿义务机关

赔偿义务机关是实施了侵权行为，并具体履行赔偿义务的机关。国家是赔偿责任的最终承担者，但赔偿义务机关代表国家向请求人具体履行赔偿义务。如前所述，赔偿义务机关的确认与行政诉讼被告的确认、行政复议被申请人的确认一样，遵循的依旧是“谁侵权、谁赔偿”和“谁主体，谁赔偿”的原则。担当行政赔偿义务机关的行政组织必须是侵权主体，同时又具有行政主体资格。具体而言，对行政赔偿义务机关应进行如下确认：

(1) 侵权行为机关为赔偿义务机关。行政机关及其工作人员行使行政职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，该行政机关为赔偿义务机关。所谓“自己侵权自己赔”。

(2) 共同行政赔偿义务机关。两个以上行政机关共同行使行政职权时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，共同行使行政职权的行政机关为共同赔偿义务机关。共同赔偿义务机关可分为不可分之诉与可分之诉。如果诉讼请求为可分之诉，则被诉的一个或数个侵权机关为被告。如诉讼请求为不可分之诉，则法院应当依法追加其他侵权机关为被告。

(3) 法律、法规授权组织为赔偿义务机关。法律、法规授权的组织在行使授予的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，被授权的组织为赔偿义务机关。因法律、法规授权组织具有行政主体资格，因此对自己的侵权行为可以作为赔偿义务机关。

(4) 委托机关为赔偿义务机关。受行政机关委托的组织或者个人在行使受委托的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，委托的行政机关为赔偿义务机关。受委托的组织或个人不具有行政主体资格，其侵权行为只能由委托他的行政机关作为赔偿义务机关。

(5) 行政赔偿义务机关被撤销后，一般由继续行使其职权的行政机关为赔偿义务机关，如果没有继续行使其职权的行政机关，撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。

(6) 经行政复议后的赔偿义务机关。经复议的案件，由最初作出具体行政行为的行政机关为赔偿义务机关，但是，复议机关的复议决定加重损害的，复议机关对加重的部分履行赔偿义务。





此处需要注意的是，对于复议加重的案件，如果赔偿请求人提起行政赔偿诉讼，其被告的确认与普通行政诉讼有所不同，并不必然以复议机关为被告。如果请求人只起诉了作出原具体行政行为的机关，那么原机关为被告，但原告的诉讼请求不得超过其赔偿范围；如果请求人只起诉了复议机关，复议机关为被告，但原告的诉讼请求也不得超过其赔偿范围；如果请求人同时起诉了两个机关，则两个机关都作为被告，但法院应判决两被告分别承担各自的赔偿责任。

(7) 非诉执行案件的赔偿义务机关。行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为，造成被执行人合法权益损害的，赔偿义务机关的确认应视侵权行为而有所区别。如果是法院及其工作人员的执行错误造成的侵权，则由法院作为赔偿义务机关；如果是作为执行依据的具体行政行为存在错误，则应以申请执行的行政机关为赔偿义务机关。

真题演练

1. (1997-1-77)^① 王某是有权要求国家赔偿的受害人，在请求国家赔偿期间内王某忽然死亡。下列关于王某请求国家赔偿的权利的说法，哪些是正确的？

- A. 因死亡而自然消失
- B. 转移给他的近亲属
- C. 转移给他的继承人
- D. 转移给予他有抚养关系的亲属

2. (2006-2-88)^② 经张某申请并缴纳了相应费用后，某县土地局和某乡政府将一土地（实为已被征用的土地）批准同意由张某建房。某县土地局和某乡政府还向张某发放了建设用地规划许可证和建设工程许可证。后市规划局认定张某建房违法，责令立即停工。张某不听，继续施工。市规划局申请法院将张某所建房屋拆除，张某要求赔偿。下列哪些说法是正确的？

- A. 某县土地局、某乡政府和市规划局为共同赔偿义务机关
- B. 某县土地局和某乡政府向张某发放规划许可证和建设工程许可证的行为系超越职权的行为
- C. 市规划局有权撤销张某的规划许可证
- D. 对张某继续施工造成的损失，国家不承担赔偿责任

考点四 行政赔偿程序

重点法条

第九条 赔偿义务机关对依法确认有本法第三条、第四条规定的情形之一的，应当给予赔偿。

赔偿请求人要求赔偿应当先向赔偿义务机关提出，也可以在申请行政复议和提起行政诉讼时一并提出。

第十条 赔偿请求人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个赔偿义务机关要求赔偿，该赔偿义务机关应当先予赔偿。

① CD。受害的公民死亡，其继承人和其他有抚养关系的亲属有权要求赔偿，因此正确选项为 CD。

② BCD。本案中是市规划局申请法院强制拆除张某的房屋，因此赔偿义务机关只是市规划局，故选项 A 错误；对于张某继续施工造成的损失，因并非市规划局所造成，因此国家不承担赔偿责任。



第十一条 赔偿请求人根据受到的不同损害，可以同时提出数项赔偿要求。

第十二条 要求赔偿应当递交申请书，申请书应当载明下列事项：

- (一) 受害人的姓名、性别、年龄、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；
- (二) 具体的要求、事实根据和理由；
- (三) 申请的年、月、日。

赔偿请求人书写申请书确有困难的，可以委托他人代书；也可以口头申请，由赔偿义务机关记入笔录。

第十三条 赔偿义务机关应当自收到申请之日起两个月内依照本法第四章的规定给予赔偿；逾期不予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的，赔偿请求人可以自期间届满之日起三个月内向人民法院提起诉讼。

第十四条 赔偿义务机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用。

对有故意或者重大过失的责任人员，有关机关应当依法给予行政处分；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

第三十二条 赔偿请求人请求国家赔偿的时效为两年，自国家机关及其工作人员行使职权时的行为被依法确认为违法之日起计算，但被羁押期间不计算在内。

赔偿请求人在赔偿请求时效的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，时效中止。从中止时效的原因消除之日起，赔偿请求时效期间继续计算。

【关联法条】

《若干解释》

第七十一条 原审判决遗漏了必须参加诉讼的当事人或者诉讼请求的，第二审人民法院应当裁定撤销原审判决，发回重审。

原审判决遗漏行政赔偿请求，第二审人民法院经审查认为依法不应当予以赔偿的，应当判决驳回行政赔偿请求。

原审判决遗漏行政赔偿请求，第二审人民法院经审理认为依法应当予以赔偿的，在确认被诉具体行政行为违法的同时，可以就行政赔偿问题进行调整；调解不成的，应当就行政赔偿部分发回重审。

当事人在第二审期间提出行政赔偿请求的，第二审人民法院可以进行调解；调解不成的，应当告知当事人另行起诉。

考点解析

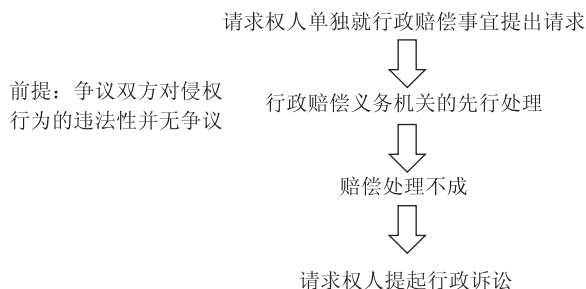
行政赔偿的程序一般可分为三种：①行政赔偿义务机关先行处理程序；②单独的行政赔偿诉讼程序；③在行政复议和行政诉讼程序中一并提出行政赔偿请求的程序。

1. 行政赔偿义务机关先行处理程序

所谓先行处理程序，是指行政赔偿义务机关对受害人的损害赔偿请求先行处理的程序。先行处理程序的流程如下图所示。

在先行处理程序中，需要注意的问题如下：

(1) 赔偿义务机关先行处理的前提是侵权行为已经被确认为违法。确认为违法可能是因为该侵权行为已经经过复议或者诉讼而被复议机关或者法院变更、撤销或确认为违法；



或者是因为侵权行为的作出机关本身已经变更、撤销该侵权行为或确认其违法；或者是其他与侵权机关有监督关系的机关对该行为作出的处理和确认。总之，受害人和赔偿义务机关对于侵权行为的违法性已经没有任何争议。

（2）赔偿请求人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个赔偿义务机关要求赔偿，该赔偿义务机关应当先予赔偿。

（3）先行处理程序的启动为受害人提出申请。一般情形下，受害人应提交书面申请，申请书应当载明下列事项：受害人的姓名、性别、年龄、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；具体的要求、事实根据和理由；申请的年、月、日。赔偿请求人书写申请书确有困难的，可以委托他人代书；也可以口头申请，由赔偿义务机关记入笔录。

（4）受害人的申请赔偿的时效为2年，自国家机关及其工作人员行使职权时的行为被依法确认为违法之日起计算。

（5）赔偿义务机关应当自收到申请之日起2个月内依照规定给予赔偿；处理不成的，赔偿请求人可以自期间届满之日起3个月内向人民法院提起诉讼。这里的“处理不成”包括：赔偿义务机关逾期不予赔偿，或者赔偿请求人对赔偿数额有异议，或者对赔偿履行的期限等有异议的。如果处理不成，则赔偿请求人可以自期间届满之日起3个月内向人民法院提起行政赔偿诉讼，关于行政赔偿诉讼的具体流程可以参阅下文。

（6）行政追偿。赔偿义务机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用，这就是行政追偿。行政追偿的前提是行政机关的工作人员有故意或者重大过失。行政追偿制度的设立，既使受害人能从国家获得及时赔偿，又能对负有责任的行政机关工作人员进行惩戒。

2. 在行政复议或行政诉讼中一并提出行政赔偿请求

所谓“一并提起”行政赔偿请求的程序是指，赔偿请求权人在对侵权行为申请行政复议或提起行政诉讼的过程中，一并要求侵权机关对该行为造成的损失进行赔偿。

（1）与先行处理程序不同，在一并提起的程序中，复议机关或者法院首先要确定被申请的或者被诉的行为违法，在确认违法之后，再确定是否应给予受害人赔偿。也就是说，在一并提起的程序中，处理机关要同时处理具体行政行为的合法性问题与赔偿问题。

（2）在一并提起的程序中，因为受害人是在申请行政复议或提起行政诉讼过程中，一并提出行政赔偿请求的，因此具体程序应适用行政复议程序或行政诉讼程序。

（3）在行政复议程序中，申请人赔偿请求的提出可以在申请复议之后到复议决定最终作出之前；在行政诉讼程序中，原告可以在起诉之后到一审庭审结束之前提出行政赔偿的诉讼请求。





(4) 无论是在行政复议过程中,还是在行政诉讼过程中,对行政赔偿部分,即是否应予赔偿、具体赔偿数额、履行期限及方式等可以适用调解。

(5) 在行政诉讼中,还应结合前文中关于遗漏赔偿请求的处理方式。

3. 单独的行政赔偿诉讼

所谓的单独行政赔偿诉讼是指受害人仅对行政赔偿问题单独起诉,法院也仅就行政赔偿问题作出判决,而不对侵权行为的合法性问题进行处理。单独提起的行政赔偿诉讼与普通的行政诉讼存在如下区别,考生应特别注意:

(1) 受案范围。单独提起的行政赔偿诉讼除受理因具体行政行为引起的侵权赔偿外,还可受理因侵犯相对人人身权和财产权的事实行为引起的赔偿诉讼。

(2) 单独的行政赔偿诉讼的前提是赔偿请求权人已经先向赔偿义务机关提出过申请,而赔偿义务机关逾期不予赔偿或当事人对赔偿数额有异议的。

(3) 赔偿请求权人单独提起行政赔偿诉讼的,应当在向赔偿义务机关递交赔偿申请后的2个月届满之日起3个月内提出,即3个月的起算点是赔偿义务机关先行处理期限届满之日,而普通行政诉讼的起算点则是当事人知道具体行政行为之日。

(4) 法院审理普通行政案件时不能适用调解,而行政赔偿案件,法院可以在合法、自愿的前提下,对行政争议双方就赔偿范围、赔偿方式和赔偿数额进行调解。

(5) 在普通行政案件中,被告对具体行政行为的合法性承担举证责任,在行政赔偿案件中,原告必须提出证据证明受侵害的事实。

4. 行政追偿程序

国家追偿是指国家在向赔偿请求人支付了赔偿费用后,依法责令在国家侵权行为中具有违法情形的工作人员或具有其他违法情形的工作人员、受委托组织和个人承担全部或部分赔偿费用的制度。国家追偿的前提是赔偿义务机关已经承担了赔偿责任,即已经向请求人支付了相关的赔偿费用。

在行政追偿中,被追偿人必须是有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人。赔偿义务机关可以根据被追偿人的过错程度,要求被追偿人支付部分或全部赔偿费用,但追偿额度不得超过赔偿费用。对于被追偿人,赔偿义务机关还应当依法给予行政处分,构成犯罪的应当依法追究刑事责任。

真题演练

(2002-2-71)^① 在哪些情况下,赔偿义务机关拒不确认致害行为违法,赔偿请求人可以直接向人民法院提起行政赔偿诉讼?

- A. 看守所干警唆使被羁押人殴打他人的
- B. 乡政府违反国家规定向农民征收提留款的
- C. 镇政府对超生妇女集中教育不许回家的
- D. 商检局错发商检证明导致出口商品被退货的

^① AD。侵权行为如果属于侵犯生命、健康、财产权利的行政事实行为,相对人可在赔偿义务机关拒不确认违法的情况下直接向法院提起行政赔偿诉讼,因此AD选项正确;而B属于具体行政行为,应在行政复议或行政诉讼中一并提出赔偿请求;C选项侵犯的是人身自由权,也不符合上述规定。

考点五 刑事赔偿范围

重点法条

第十五条 行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

- （一）对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的；
- （二）对没有犯罪事实的人错误逮捕的；
- （三）依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的；
- （四）刑讯逼供或者以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的；
- （五）违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的。

第十六条 行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

- （一）违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的；
- （二）依照审判监督程序再审改判无罪，原判罚金、没收财产已经执行的。

第十七条 属于下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：

- （一）因公民自己故意作虚伪供述，或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判处刑罚的；
- （二）依照刑法第十四条、第十五条规定不负刑事责任的人被羁押的；
- （三）依照刑事诉讼法第十一条规定不追究刑事责任的人被羁押的；
- （四）行使国家侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关的工作人员与行使职权无关的个人行为；
- （五）因公民自伤、自残等故意行为致使损害发生的；
- （六）法律规定的其他情形。

《国赔解释》

一、根据《中华人民共和国国家赔偿法》（以下简称赔偿法）第十七条第（二）项、第（三）项的规定，依照刑法第十四条、第十五条规定不负刑事责任的人和依照刑事诉讼法第十五条规定不追究刑事责任的人被羁押，国家不承担赔偿责任。但是对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的上列人员，有权依法取得赔偿。判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿。

四、根据赔偿法第二十六条、第二十七条的规定，人民法院判处管制、有期徒刑缓刑、剥夺政治权利等刑罚的人被依法改判无罪的，国家不承担赔偿责任，但是，赔偿请求人在判决生效前被羁押的，依法有权取得赔偿。

【关联法条】

《刑法》

第十七条 已满十六岁的人犯罪，应当负刑事责任。

已满十四岁不满十六岁的人，犯杀人、重伤、抢劫、放火、惯窃罪或者其他严重破坏社会秩序罪，应当负刑事责任。





已满十四岁不满十八岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。

因不满十六岁不处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。

第十八条 精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果的，不负刑事责任；但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗。

间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。

《刑事诉讼法》

第十五条 有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者宣告无罪：

- (一) 情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；
- (二) 犯罪已过追诉时效期限的；
- (三) 经特赦令免除刑罚的；
- (四) 依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；
- (五) 被告人死亡的；
- (六) 其他法律、法令规定免于追究刑事责任的。

考点解析

刑事赔偿是指刑事司法机关及其工作人员违法行使刑事司法职权时造成侵权行为的国家赔偿责任。能够引起刑事赔偿的机关包括公安机关（及国家安全机关）、检察机关、法院和监狱管理机关。

与行政赔偿范围的规定相同，《国家赔偿法》采正面列举和反面排除两种方式。第15条和第16条分别列举了国家承担赔偿责任的刑事违法案件，其中第15条为侵犯人身权的案件，而第16条为侵犯财产权的案件，第17条从反面排除了国家不承担赔偿责任的案件。但与行政赔偿范围不同的是，在行政赔偿中，只要是不属于《国家赔偿法》排除在外的不赔案件，行政机关侵害公民人身权和财产权的违法行为，无论是否属于第3条和第4条明文列举的案件，国家均要承担赔偿责任，而对于刑事案件，只有属于《国家赔偿法》明文列举的赔偿案件，国家才承担赔偿责任。即刑事赔偿范围的范围是确定的，并不包含“其他”的兜底性条款。这一点考生应格外注意。

刑事赔偿的范围具体包括：

1. 人身权侵权案件（包括侵犯公民人身自由的案件和侵犯公民生命健康权的案件）

(1) 错误拘留案件。必须是对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的。“没有犯罪事实”是指没有实施犯罪，“没有事实证明”是指没有可靠的证据证明有犯罪嫌疑。

(2) 错误逮捕案件。必须是对没有犯罪事实的人错误逮捕的。

(3) 错误审判案件。必须依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的。这里需要注意的是，对于“错判案件”，《国家赔偿法》只赔偿无罪判有罪，且刑罚已经执行的，如果是轻罪判重罪，即使再审改判且刑罚已经执行，国家也不承担赔偿责任。

另外需要注意的是，根据1996年《国赔解释》，人民法院判处管制、有期徒刑缓刑、剥夺政治权利等刑罚的人被依法改判无罪的，国家不承担赔偿责任，但是，赔偿请求人在



判决生效前被羁押的，依法有权取得赔偿。

(4) 暴力行为造成公民身体伤害或死亡的。

(5) 违法使用武器、警械造成公民身体伤害或死亡的。

2. 财产权侵权案件

(1) 违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的；

(2) 依照审判监督程序再审改判无罪，原判罚金、没收财产已经执行的。

与上文相同，这里的错判也只包括“无罪判有罪”，而不包括“轻罪判重罪”。

3. 国家免责的情形

(1) 因受害人自己的过错导致被羁押或被判处刑罚，例如故意作伪证或者伪造其他有罪证据的。

(2) 依照《刑法》第14条、第15条不负刑事责任的人被羁押的。这里需要注意的是，《国家赔偿法》的颁布时间是1996年，之后《刑法》和《刑事诉讼法》都经过了修改，因此，此处的第14条、第15条应为第17条、第18条。

(3) 依照《刑事诉讼法》第11条的规定不追究刑事责任的人被羁押的。如上文所述，这里的第11条，现为第15条。

此外，需要注意的是，根据《国家赔偿法》依照《刑法》第14条、第15条和《刑事诉讼法》第15条规定，不负刑事责任的人和不追究刑事责任的人被羁押，国家不承担赔偿责任。但《国赔解释》第17条第2项、第3项的规定，对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的上列人员，有权依法取得赔偿。判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿。也就是说，对于上述人员，如果法院判处的是管制、有期徒刑缓刑、剥夺政治权利等刑罚，无论是否已经执行，国家一律不承担赔偿责任；但如果判处的是对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的，对判决确认后的羁押国家要承担赔偿责任，而判决确定前被羁押的日期国家不予赔偿。

真题演练

1. (2002-2-77)^① 被告人经审判监督程序改判无罪前的哪些情形，国家不承担赔偿责任？

- A. 执行刑罚中被依法减刑的，对于被减刑部分的刑罚
- B. 执行刑法中被保外就医的，对于保外就医期间的刑罚
- C. 被判处有期徒刑缓刑的
- D. 被判处管制刑罚的

2. (2004-2-79)^② 2002年7月3日，张某驾驶车辆携带所承包金矿自产的30公斤黄金前往甲市销售，途中被甲市公安局截获。公安局以张某违反《金银管理条例》，涉嫌经营国家限制买卖物品为由，对张某采取刑事拘留措施，并扣押了涉案黄金。随后检察院批准对张某逮捕。2003年2月，国务院发布决定，取消了涉及黄金生产销售的许可证，检

^① ABCD。再审改判无罪的，只有原审判决为拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑，且刑罚已经执行的，国家才承担赔偿责任，因此ABCD选项国家都不承担赔偿责任。

^② ABC。本案中无论是公安机关拘留还是检察院批准逮捕，按照当时的法律规定，都不是违法的，检察院之后作出的不起诉决定是因为国家法律嗣后发生了变化，因此本案并不涉及国家赔偿责任，故ABC选项都不正确，但对张某被扣押的黄金，按照之后的法律规定应当返还，因此D选项正确。



察院遂以认定犯罪的法律、法规已经发生变化为由，作出不起诉决定，但并未返还扣押的黄金。张某不服，提出国家赔偿请求。关于此案，下列说法不正确的是：

- A. 检察院应当责令公安局返还扣押的黄金
- B. 公安局与检察院为共同赔偿义务机关
- C. 对张某被羁押期间的损失，国家应当承担赔偿责任
- D. 对张某被扣押的黄金，应当返还

3. (2007-2-50)^① 李某涉嫌盗窃被公安局刑事拘留，后检察院批准将其逮捕。法院审理时发现，李某系受人教唆，且是从犯，故判处李某有期徒刑2年，缓期3年执行。后李某以自己年龄不满16周岁为由提起上诉，二审法院因此撤销原判，改判李某无罪并解除羁押。下列哪一选项是正确的？

- A. 对于李某受到的羁押损失，国家不予赔偿
- B. 对于一审有罪判决至二审无罪判决期间李某受到的羁押损失，国家应当给予赔偿
- C. 对于一审判决前李某受到的羁押损失，国家应当给予赔偿
- D. 对于检察院批准逮捕之前李某受到的羁押损失，国家应当给予赔偿

4. (2009-2-89)^② 2006年12月5日，王某因涉嫌盗窃被某县公安局刑事拘留，同月11日被县检察院批准逮捕。2008年3月4日王某被一审法院判处有期徒刑二年，王某不服提出上诉。2008年6月5日，二审法院维持原判，判决交付执行。2009年3月2日，法院经再审以王某犯罪时不满16周岁为由撤销生效判决，改判其无罪并当庭释放。王某申请国家赔偿，下列哪些选项是错误的？

- A. 国家应当对王某从2008年6月5日到2009年3月2日被羁押的损失承担赔偿责任
- B. 国家应当对王某从2006年12月11日到2008年3月4日被羁押的损失承担赔偿责任
- C. 国家应当对王某从2006年12月5日到2008年3月4日被羁押的损失承担赔偿责任
- D. 国家应当对王某从2008年3月4日到2009年3月2日被羁押的损失承担赔偿责任

考点六 刑事赔偿的赔偿义务机关

重点法条

第十八条 赔偿请求人的确定依照本法第六条的规定。

第十九条 行使国家侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，该机关为赔偿义务机关。

对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的，作出拘留决定的机关为赔偿义务机关。

对没有犯罪事实的人错误逮捕的，作出逮捕决定的机关为赔偿义务机关。

再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关。二审改判无罪的，作

^① A。李某虽然被二审改判无罪，但原因是根据刑法的规定不负刑事责任，对此国家赔偿只赔判决生效后的羁押，而判决之前的羁押国家不予赔偿，因此正确选项为A。

^② BCD。不负刑事责任的人被羁押，国家不承担赔偿责任。但是对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的上列人员，有权依法取得赔偿，判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿，因此本案中国家只对王某从2008年6月5日到2009年3月2日被羁押的损失承担赔偿责任，故BCD选项错误。



出一审判决的人民法院和作出逮捕决定的机关为共同赔偿义务机关。

【关联法条】

《国赔解释》

五、根据赔偿法第十九条第四款“再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关”的规定，原一审人民法院作出判决后，被告人没有上诉，人民检察院没有抗诉，判决发生法律效力的，原一审人民法院为赔偿义务机关；被告人上诉或者人民检察院抗诉，原二审人民法院维持一审判决或者对一审人民法院判决予以改判的，原二审人民法院为赔偿义务机关。

《最高人民法院、最高人民检察院关于刑事赔偿义务机关确定问题的通知》

第一条 人民检察院批准逮捕并提起公诉，一审人民法院判决无罪，或者人民检察院撤回起诉作出不予起诉决定或者撤销案件决定，依法应当赔偿的案件，批准逮捕与提起公诉的如不是同一人民检察院，赔偿义务机关为批准逮捕的人民检察院。

第二条 人民检察院批准逮捕并提起公诉，一审人民法院判决有罪，二审人民法院改判无罪，或者发回重审后一审人民法院改判无罪，或者人民检察院撤回起诉作出不予起诉决定或者撤销案件决定，依法应当赔偿的案件，一审人民法院和批准逮捕的人民检察院为共同赔偿义务机关。批准逮捕与提起公诉的如不是同一人民检察院，共同赔偿义务机关为提起公诉的人民检察院。

考点解析

刑事赔偿义务机关的确认相比行政赔偿义务机关的确认更为复杂，历来都是考试重点，考生在复习时应注意结合《国家赔偿法》与最高人民法院、最高人民检察院的多部司法解释。刑事赔偿义务机关的确认可具体归纳如下：

1. 错误拘留的赔偿义务机关。对没有犯罪事实或没有事实证明有重大犯罪嫌疑的人错误拘留的，作出拘留决定的机关为赔偿义务机关。一般情况下，错误拘留的确认是因为公安局提请批准逮捕，检察院认为没有犯罪事实或没有事实证明有重大犯罪嫌疑而不予批准，因此，错误拘留的赔偿义务机关多为公安机关。需要注意的是，在检察院自侦案件中，检察院并不对犯罪嫌疑人作出正式的拘留决定，而是要求公安机关对犯罪嫌疑人采取限制人身自由的强制措施，此时应视为检察院作出了拘留决定。

2. 错误逮捕的赔偿义务机关。对没有犯罪事实的人错误逮捕的，作出逮捕决定的机关为赔偿义务机关。根据《刑事诉讼法》的规定，作出逮捕决定的机关为检察院和法院（检察院的自侦案件）。错误逮捕的确认可能是检察院作出的不予起诉决定或者决定撤案，或者一审判决被告无罪，检察院没有抗诉的。此处需要注意的是：①尽管执行逮捕的机关是公安机关，但公安机关并非逮捕决定的执行机关，因此并不承担赔偿责任。②错误逮捕吸收错误拘留。在逮捕决定作出和执行前，根据《刑事诉讼法》的规定，公安机关多对犯罪嫌疑人已经采取了刑事拘留措施，但这段时间的羁押损害仍旧由作出逮捕决定的机关来承担全部赔偿责任，而不是共同赔偿，所谓“错误逮捕吸收错误拘留”。③根据《最高人民法院、最高人民检察院关于刑事赔偿义务机关确定问题的通知》，人民检察院批准逮捕并提起公诉，一审人民法院判决无罪，或者人民检察院撤回起诉作出不予起诉决定或者撤销案件决定，依法应当赔偿的案件，批准逮捕与提起公诉的如不是同一人民检察院，赔偿义务



机关为批准逮捕的人民检察院。

3. 二审改判无罪的赔偿义务机关。二审改判无罪的，作出一审判决的人民法院和作出逮捕决定的机关为共同赔偿义务机关，即如果法院一审对被告人判有罪，但二审改判无罪，则由一审法院和作出逮捕决定的检察院为共同赔偿义务机关，两者承担连带责任。当事人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个提出申请，由先收到赔偿申请的机关为赔偿案件的办理机关。此处需要注意的是：

(1) 在检察院作出逮捕决定和一审法院作出有罪判决前，公安机关大多对犯罪嫌疑人进行了拘留，尽管这一阶段的拘留也是错误的，但与上文中所讲的“错误逮捕吸收错误拘留”一样，公安机关对于错误逮捕期间的羁押损害并不承担赔偿责任。

(2) 人民检察院批准逮捕并提起公诉，一审人民法院判决有罪，二审人民法院改判无罪依法应当赔偿的案件，一审人民法院和批准逮捕的人民检察院为共同赔偿义务机关。批准逮捕与提起公诉的如不是同一人民检察院，共同赔偿义务机关为提起公诉的人民检察院。

4. 二审发回重审的赔偿义务机关。人民检察院批准逮捕并提起公诉，一审人民法院判决有罪，发回重审后一审人民法院改判无罪，或者人民检察院撤回起诉作出不起诉决定或者撤销案件决定，依法应当赔偿的案件，一审人民法院和批准逮捕的人民检察院为共同赔偿义务机关。批准逮捕与提起公诉的如不是同一人民检察院，共同赔偿义务机关为提起公诉的人民检察院。

5. 再审改判无罪的赔偿义务机关。再审改判无罪的，作出原审生效判决的机关为赔偿义务机关。根据《国赔解释》，原一审人民法院作出判决后，被告人没有上诉，人民检察院没有抗诉，判决发生法律效力的，原一审人民法院为赔偿义务机关；被告人上诉或者人民检察院抗诉，原二审人民法院维持一审判决或者对一审人民法院判决予以改判的，原二审人民法院为赔偿义务机关。

6. 公安、司法机关工作人员违法行使职权造成损害的，该工作人员的所属机关为赔偿义务机关，即刑事司法机关（包括监狱管理机关）的工作人员刑讯逼供或者以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的；或者违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的，该工作人员的所属机关为赔偿义务机关。

真题演练

1. (2004-2-39)^① 某县公安局以涉嫌强奸为由将张某拘留，县人民检察院批准对张某进行逮捕。3个月后，经张某亲属暗中查访并向公安机关提供线索，公安机关抓获了真正的罪犯，县人民检察院对张某作出不起诉的决定，张某遂请求国家赔偿。下列说法正确的是：

- A. 县公安局和人民检察院为共同赔偿义务机关
- B. 县公安局和县人民检察院没有违法行为，国家对张某不承担赔偿责任
- C. 县人民检察院作出不起诉决定是对错误逮捕行为的确认
- D. 县公安局应当对错误拘留造成的损失承担赔偿责任

^① C。本案中县检察院已经批准了逮捕，之后又作出了不起诉决定，按照上文中“错误逮捕吸收错误拘留”的规定，赔偿义务机关只是县检察院，而没有县公安局，因此 ABD 选项都不正确；县检察院作出不起诉决定当然是对错误逮捕行为的确认，因此选项 C 正确。



2. (2002-2-27)^① 某县人民法院以受贿罪判处陈某有期徒刑7年,陈某不服提出上诉。市中级人民法院经审理认为原判事实不清、证据不足,发回原审法院重新审判。原审法院退回县人民检察院补充侦查。县人民检察院经补充侦查认定陈某构成犯罪证据不足,遂作出不起诉决定。陈某提起国家赔偿请求,本案的赔偿义务机关应为下列哪一机关?

- A. 县人民检察院和县人民法院
- B. 县人民法院和市中级人民法院
- C. 市中级人民法院
- D. 县人民检察院

3. (2008-2-40)^② 甲市乙区公安分局以孙某涉嫌诈骗罪为由将其刑事拘留,并经乙区检察院批准逮捕。后因案情特殊由丙区检察院提起公诉。2006年,丙区法院判处孙某有期徒刑3年,孙某不服上诉,甲市中级人民法院裁定发回丙区法院重新审理。重审期间,丙区检察院经准许撤回起诉,并最终作出不起诉决定。孙某申请国家赔偿。关于赔偿义务机关,下列哪一选项是正确的?

- A. 乙区公安分局、乙区检察院和丙区法院
- B. 乙区公安分局、丙区检察院和丙区法院
- C. 乙区检察院和丙区法院
- D. 丙区检察院和丙区法院

考点七 刑事赔偿程序

重点法条

第二十条 赔偿义务机关对依法确认有本法第十五条、第十六条规定的情形之一的,应当给予赔偿。

赔偿请求人要求确认有本法第十五条、第十六条规定情形之一的,被要求的机关不予确认的,赔偿请求人有权申诉。

赔偿请求人要求赔偿,应当先向赔偿义务机关提出。

赔偿程序适用本法第十条、第十一条、第十二条的规定。

第二十一条 赔偿义务机关应当自收到申请之日起两个月内依照本法第四章的规定给予赔偿;逾期不予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的,赔偿请求人可以自期间届满之日起三十日内向其上一级机关申请复议。

赔偿义务机关是人民法院的,赔偿请求人可以依照前款规定向其上一级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

第二十二条 复议机关应当自收到申请之日起两个月内作出决定。

赔偿请求人不服复议决定的,可以在收到复议决定之日起三十日内向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定;复议机关逾期不作决定的,赔偿请求人可以自期间届满之日起三十日内向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

第二十三条 中级以上的人民法院设立赔偿委员会,由人民法院三名至七名审判员组成。

① A. 二审发回重审的案件,不论其后如何进行,赔偿义务机关都是一审法院和检察院,因此选项A正确。

② D. 二审发回重审的案件,不论其后如何进行,赔偿义务机关都是一审法院和检察院,提起公诉和批准逮捕的检察院非同一检察院的,由提起公诉的检察院承担赔偿责任,因此正确选项为D。



赔偿委员会作赔偿决定，实行少数服从多数的原则。

赔偿委员会作出的赔偿决定，是发生法律效力的决定，必须执行。

第二十四条 赔偿义务机关赔偿损失后，应当向有下列情形之一的工作人员追偿部分或者全部赔偿费用：

- (一) 有本法第十五条第(四)、(五)项规定情形的；
- (二) 在处理案件中有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

对有前款(一)、(二)项规定情形的责任人员，有关机关应当依法给予行政处分；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

第三十二条 赔偿请求人请求国家赔偿的时效为两年，自国家机关及其工作人员行使职权时的行为被依法确认为违法之日起计算，但被羁押期间不计算在内。

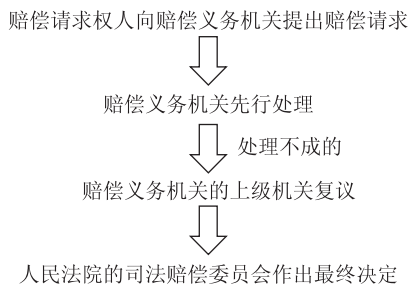
赔偿请求人在赔偿请求时效的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，时效中止。从中止时效的原因消除之日起，赔偿请求时效期间继续计算。

考点解析

刑事赔偿的程序按照赔偿义务机关的不同，可分为两种：①公安机关、检察机关、安全机关和监狱管理机关为赔偿义务机关的赔偿程序；②人民法院为赔偿义务机关的赔偿程序。

1. 公安机关、检察机关、安全机关和监狱管理机关为赔偿义务机关的赔偿程序

这种赔偿程序规则可具体归纳如下图所示。



(1) 申请程序。在刑事赔偿中，赔偿请求权人要求赔偿的，应当先向赔偿义务机关提出。同行政赔偿一样，赔偿请求人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个赔偿义务机关要求赔偿，该赔偿义务机关应当先予赔偿。同行政赔偿一样，请求人申请国家赔偿的时效为2年，自国家机关及其工作人员行使职权时的行为被依法确认为违法之日起计算，但被羁押期间不计算在内。

(2) 赔偿义务机关先行处理程序。赔偿请求人应递交书面申请，赔偿义务机关应当自收到申请之日起2个月内依照规定给予赔偿；逾期不予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的，赔偿请求人可以自期间届满之日起30日内向其上一级机关申请复议。

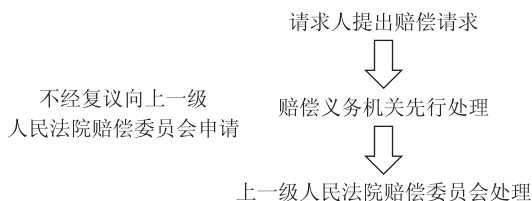
(3) 复议程序。复议机关应当自收到申请之日起2个月内作出决定。赔偿请求人不服复议决定的，可以在收到复议决定之日起30日内向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定；复议机关逾期不作决定的，赔偿请求人可以自期间届满之日起30日内向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

(4) 司法赔偿委员会处理程序。人民法院的司法赔偿委员会对刑事赔偿问题作出最终决定。对于司法赔偿委员会的处理程序，应注意的是：①中级以上的人民法院设立赔偿委

员会，由人民法院3名至7名审判员组成。②作为刑事司法赔偿的最终处理机关，司法赔偿委员会所作的既非判决，也非裁定，而是按照少数服从多数的原则所作的决定。该赔偿决定是生效决定，必须予以执行。③赔偿请求人应当向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

2. 法院为赔偿义务机关

法院作为赔偿义务机关的处理程序可归纳如下图所示。



相比公安机关、检察机关、安全机关和监狱管理机关为赔偿义务机关的赔偿程序，法院作为赔偿义务机关的赔偿程序省去了上级机关的复议程序。具体程序仅包含三个阶段：

(1) 申请程序。人民法院作为赔偿义务机关，赔偿请求人同样应首先向赔偿义务机关提出赔偿要求。

(2) 赔偿委员会先行处理程序。作为赔偿义务机关的法院应当自收到申请之日起2个月内给予赔偿，逾期不予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的，赔偿请求人可以自期限届满之日起30日内向上一级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

(3) 司法赔偿委员会最终处理程序。接受申请的赔偿义务机关的上一级法院的司法赔偿委员会与上文中所描述的一样作出最终处理。

3. 刑事追偿程序

在刑事赔偿中，赔偿义务机关同样可以在赔偿了请求权人损失后，向有关工作人员进行追偿，追偿的适用要件如下：

(1) 刑事追偿的前提也是赔偿义务机关已经履行了赔偿责任。

(2) 与行政追偿中赔偿义务机关可以向有故意或重大过失的工作人员追偿不同，在刑事赔偿中，被追偿人的范围仅限于：实施暴力伤害行为的工作人员；违法使用武器、警械造成他人伤害的工作人员；在处理案件中有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的工作人员。因此，刑事追偿的范围相比行政追偿要更小。

考点八 民事、行政案件赔偿

重点法条

第三十一条 人民法院在民事诉讼、行政诉讼过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定及其他生效法律文书执行错误，造成损害的，赔偿请求人要求赔偿的程序，适用本法刑事赔偿程序的规定。





【关联法条】

《国赔解释》

二、依照赔偿法第三十一条的规定，人民法院在民事诉讼、行政诉讼过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定及其他生效法律文书执行错误，造成损害，具有以下情形之一的，适用刑事赔偿程序予以赔偿：

- (一) 错误实施司法拘留、罚款的；
- (二) 实施赔偿法第十五条第（四）项、第（五）项规定行为的；
- (三) 实施赔偿法第十六条第（一）项规定行为的。

人民法院审理的民事、经济、行政案件发生错判并已执行，依法应当执行回转的，或者当事人申请财产保全、先予执行，申请有错误造成财产损失依法应由申请人赔偿的，国家不承担赔偿责任。

考点解析

1. 民事、行政案件的赔偿范围。与刑事案件不同，对于民事、行政案件，《国家赔偿法》规定的赔偿范围有限，只适用于以下三类案件：

- (1) 人民法院在民事诉讼、行政诉讼过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施。
- (2) 人民法院在民事诉讼、行政诉讼过程中，违法采取的财产保全措施。

(3) 人民法院对判决、裁定及其他生效法律文书执行错误，造成损害的。《最高人民法院关于人民法院执行〈中华人民共和国国家赔偿法〉几个问题的解释》具体规定这些情形包括：错误实施司法拘留、罚款的；刑讯逼供或者以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的；违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的；违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的。

2. 民事、行政案件的赔偿程序适用刑事赔偿程序。

真题演练

(2008-2-88)^① 甲公司向某区法院起诉要求乙公司返还货款 15 万元，并请求依法保全乙公司价值 10 万元的汽车。在甲公司提供担保后，法院准予采取保全措施。二审法院最终维持某区法院要求乙公司返还货款 10 万元的判决。甲公司在申请强制执行时，发现诉讼期间某区法院在乙公司没有提供担保的情况下已解除保全措施，乙公司已变卖汽车、转移货款，致判决无法执行。甲公司要求某区法院赔偿损失。下列哪些说法是正确的？

- A. 《国家赔偿法》未明确规定法院在民事诉讼过程中违法解除保全措施应承担赔偿责任，故甲公司的请求不成立
- B. 违法采取保全措施应包括依法不应当解除而解除保全措施
- C. 就某区法院的措施是否属于国家赔偿范围问题，受理赔偿诉讼的法院可以进行调解
- D. 甲公司应当先申请确认某区法院解除保全措施的行为违法

^① BD。对民事诉讼和行政诉讼，国家承担赔偿责任仅限于保全措施、妨害诉讼的强制措施以及执行措施违法造成的损害，本案属于法院采取保全措施违法，属于国家赔偿的范围，选项 A 错误，B 正确；对于是否属于国家赔偿范围，法院无权进行调解，因此选项 C 错误；民事诉讼的赔偿程序与刑事诉讼的赔偿程序相同，也要先确认法院行为违法，因此选项 D 正确。

考点九 国家赔偿的方式和标准

重点法条

第二十五条 国家赔偿以支付赔偿金为主要方式。

能够返还财产或者恢复原状的，予以返还财产或者恢复原状。

第二十六条 侵犯公民人身自由的，每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。

第二十七条 侵犯公民生命健康权的，赔偿金按照下列规定计算：

（一）造成身体伤害的，应当支付医疗费，以及赔偿因误工减少的收入。减少的收入每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算，最高额为国家上年度职工年平均工资的五倍；

（二）造成部分或者全部丧失劳动能力的，应当支付医疗费，以及残疾赔偿金，残疾赔偿金根据丧失劳动能力的程度确定，部分丧失劳动能力的最高额为国家上年度职工年平均工资的十倍，全部丧失劳动能力的为国家上年度职工年平均工资的二十倍。造成全部丧失劳动能力的，对其扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费；

（三）造成死亡的，应当支付死亡赔偿金、丧葬费，总额为国家上年度职工年平均工资的二十倍。对死者生前扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费。

前款第（二）、（三）项规定的生活费的发放标准参照当地民政部门有关生活救济的规定办理。被扶养的人是未成年人的，生活费给付至十八周岁止；其他无劳动能力的人，生活费给付至死亡时止。

第二十八条 侵犯公民、法人和其他组织的财产权造成损害的，按照下列规定处理：

（一）处罚款、罚金、追缴、没收财产或者违反国家规定征收财物、摊派费用的，返还财产；

（二）查封、扣押、冻结财产的，解除对财产的查封、扣押、冻结，造成财产损坏或者灭失的，依照本条第（三）、（四）项的规定赔偿；

（三）应当返还的财产损坏的，能够恢复原状的恢复原状，不能恢复原状的，按照损害程度给付相应的赔偿金；

（四）应当返还的财产灭失的，给付相应的赔偿金；

（五）财产已经拍卖的，给付拍卖所得的价款；

（六）吊销许可证和执照、责令停产停业的，赔偿停产停业期间必要的经常性费用开支；

（七）对财产权造成其他损害的，按照直接损失给予赔偿。

第二十九条 赔偿费用，列入各级财政预算，具体办法由国务院规定。

第三十条 赔偿义务机关对依法确认有本法第三条第（一）、（二）项、第十五条第（一）、（二）、（三）项情形之一，并造成受害人名誉权、荣誉权损害的，应当在侵权行为影响的范围内，为受害人消除影响，恢复名誉，赔礼道歉。



考点解析

1. 赔偿方式

国家赔偿的赔偿方式是以金钱赔偿为主，其他赔偿方式为辅的，其他方式具体包含返还财产、恢复原状、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉。

2. 赔偿标准

(1) 人身自由损害的赔偿标准。侵犯人身自由权的行为包括行政拘留、行政强制措施、非法拘禁、刑事拘留、逮捕等。侵犯公民人身自由的，每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。此处的“上年度”是赔偿义务机关、复议机关或人民法院赔偿委员会作出赔偿决定的上年度。如果复议机关或者人民法院赔偿委员会决定维持原赔偿决定，按照作出原赔偿决定时的上年度执行。

(2) 生命健康权的损害赔偿标准。造成身体伤害的，应当支付医疗费，以及赔偿因误工减少的收入。减少的收入每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算，最高额为国家上年度职工年平均工资的5倍；造成部分或者全部丧失劳动能力的，应当支付医疗费，以及残疾赔偿金。残疾赔偿金根据丧失劳动能力的程度确定，部分丧失劳动能力的最高额为国家上年度职工年平均工资的10倍，全部丧失劳动能力的为国家上年度职工年平均工资的20倍。造成全部丧失劳动能力的，对其扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费；造成死亡的，应当支付死亡赔偿金、丧葬费，总额为国家上年度职工年平均工资的20倍。对死者生前扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费。

(3) 财产权的损害赔偿标准。国家侵权行为造成公民、法人或其他组织财产权损害的，按照以下方式赔偿：能够返还财产的应当返还财产；能够恢复原状的恢复原状，不能恢复原状的，按照损害程度给付相应的赔偿金；财产已经拍卖的，给付拍卖所得的价款；吊销许可证和执照、责令停产停业的，赔偿停产停业期间必要的经常性费用开支。此处的“必要的经常性费用开支”指企业为正常存续而必须付出的费用，如水电费、租金、职工工资等，而经营利润等可期待性利益，国家不予赔偿。

(4) 国家侵权行为造成公民名誉权、荣誉权损害的，应当在侵权行为影响的范围内，为受害人消除影响、恢复名誉、赔礼道歉。此处值得注意的是，《国家赔偿法》并没有规定有关精神赔偿的问题。

真题演练

1. (2006-2-95)^① 某县工商局以某厂擅自使用专利申请号用于产品包装广告进行宣传、销售为由，向某厂发出扣押封存该厂胶片带成品通知书。该厂不服，向法院起诉要求撤销某县工商局的扣押财物通知书，并提出下列赔偿要求：返还扣押财物、赔偿该厂不能履行合同所损失的100万元、该厂名誉损失和因扣押财物造成该厂停产损失的100万元。后法院认定某县工商局的扣押通知书违法，该厂提出的下列何种请求事项不属于国家赔偿的范围？

- A. 返还扣押财物
- B. 某厂不能履行合同所损失的100万元
- C. 某厂名誉损失
- D. 某厂停产的损失100万元

^① BCD。国家赔偿仅赔偿实际损失，并不赔偿可期待利益和精神损害，因此选项BCD不属于国家赔偿的范围。





2. (2007-2-90)^① 县工商部门以办理营业执照存在问题为由查封了张某开办的美容店。查封时,工商人员将美容店的窗户、仪器损坏。张某向法院起诉,法院撤销了工商部门的查封决定。张某要求行政赔偿。下列哪些损失属于县工商部门应予赔偿的费用?

- A. 张某因美容店被查封损坏而生病支付的医疗费
- B. 美容店被损坏仪器及窗户所需修复费用
- C. 美容店被查封停业期间必要的经常性费用开支
- D. 张某根据前一个月利润计算的被查封停业期间的利润损失

3. (2008-2-99)^② 张某租用农贸市场一门面从事经营。因赵某提出该门面属于他而引起争议,工商局扣缴张某的营业执照,致使张某停业2个月之久。张某在工商局返还营业执照后,提出赔偿请求。下列属于国家赔偿范围的是:

- A. 门面租赁费
- B. 食品过期不能出售造成的损失
- C. 张某无法经营的经济损失
- D. 停业期间张某依法缴纳的税费

4. (2009-2-49)^③ 2001年5月李某被某县公安局刑事拘留,后某县检察院以证据不足退回该局补充侦查,2002年11月李某被取保候审。2004年,县公安局撤销案件。次年3月,李某提出国家赔偿申请。县公安局于2005年12月作出给予李某赔偿的决定书。李某以赔偿数额过低为由,于2006年先后向市公安局和市法院赔偿委员会提出复议和申请,二者均作出维持决定。对李某被限制人身自由的赔偿金,应按照下列哪个年度的国家职工日平均工资计算?

- A. 2002年度
- B. 2003年度
- C. 2004年度
- D. 2005年度

① BC。本题选项中属于实际损害的只有BC选项,A选项不属于违法行为造成的直接损失,D选项属于可期待的利益,这些都不属于国家赔偿的范围。

② AD。同理,本案选项中属于“停业期间必要的经常性费用开支的”只有AD选项,BC选项都不属于国家赔偿的范围。

③ C。侵犯公民人身自由的,每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。此处的“上年度”是赔偿义务机关、复议机关或人民法院赔偿委员会作出赔偿决定的上年度。本案中县公安局作出赔偿决定是在2005年,因此应按照2004年度国家平均工资来赔偿。

第八讲 《政府信息公开条例》

【本讲概要】《政府信息公开条例》的基本内容：政府信息公开的原则、体制、范围、方式与场所、程序、监督与救济。

考点一 政府信息公开的主管部门及其主要职责

政府信息是行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。政府信息公开可以保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息，提高政府工作的透明度，促进依法行政，充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动的服务作用。

重点法条

第三条 各级人民政府应当加强对政府信息公开工作的组织领导。

国务院办公厅是全国政府信息公开工作的主管部门，负责推进、指导、协调、监督全国的政府信息公开工作。

县级以上地方人民政府办公厅（室）或者县级以上地方人民政府确定的其他政府信息公开工作主管部门负责推进、指导、协调、监督本行政区域的政府信息公开工作。

第四条 各级人民政府及县级以上人民政府部门应当建立健全本行政机关的政府信息公开工作制度，并指定机构（以下统称政府信息公开工作机构）负责本行政机关政府信息公开的日常工作。

政府信息公开工作机构的具体职责是：

- （一）具体承办本行政机关的政府信息公开事宜；
- （二）维护和更新本行政机关公开的政府信息；
- （三）组织编制本行政机关的政府信息公开指南、政府信息公开目录和政府信息公开工作年度报告；
- （四）对拟公开的政府信息进行保密审查；
- （五）本行政机关规定的与政府信息公开有关的其他职责。

考点二 政府信息公开的原则

重点法条

第五条 行政机关公开政府信息，应当遵循公正、公平、便民的原则。

第六条 行政机关应当及时、准确地公开政府信息。行政机关发现影响或者可能影响



社会稳定、扰乱社会管理秩序的虚假或者不完整信息的，应当在其职责范围内发布准确的政府信息予以澄清。

第八条 行政机关公开政府信息，不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。

考点解析

政府信息公开应当遵循以下原则：

1. 公正、公平、便民原则，即政府信息公开时应以正当目的行使公共权力，平等保障所有公民、法人或其他组织的合法权利，并采取有效手段，使公众能够以最便利的方式获得政府信息。

2. 及时、准确原则，政府一方面应杜绝公布虚假信息和错误的信息，在行政机关发现影响或者可能影响社会稳定、扰乱社会管理秩序的虚假或者不完整信息的，应当在其职责范围内发布准确的政府信息予以澄清。

3. 保障公共利益原则，政府信息公开一方面要保障公众的知情权，但另一方面也不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。

考点三 政府信息公开的范围

重点法条

第九条 行政机关对符合下列基本要求之一的政府信息应当主动公开：

- (一) 涉及公民、法人或者其他组织切身利益的；
- (二) 需要社会公众广泛知晓或者参与的；
- (三) 反映本行政机关机构设置、职能、办事程序等情况的；
- (四) 其他依照法律、法规和国家有关规定应当主动公开的。

第十条 县级以上各级人民政府及其部门应当依照本条例第九条的规定，在各自职责范围内确定主动公开的政府信息的具体内容，并重点公开下列政府信息：

- (一) 行政法规、规章和规范性文件；
- (二) 国民经济和社会发展规划、专项规划、区域规划及相关政策；
- (三) 国民经济和社会发展统计信息；
- (四) 财政预算、决算报告；
- (五) 行政事业性收费的项目、依据、标准；
- (六) 政府集中采购项目的目录、标准及实施情况；
- (七) 行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及申请行政许可需要提交的全部材料目录及办理情况；
- (八) 重大建设项目的批准和实施情况；
- (九) 扶贫、教育、医疗、社会保障、促进就业等方面的政策、措施及其实施情况；
- (十) 突发公共事件的应急预案、预警信息及应对情况；
- (十一) 环境保护、公共卫生、安全生产、食品药品、产品质量的监督检查情况。

第十一条 设区的市级人民政府、县级人民政府及其部门重点公开的政府信息还应当



包括下列内容：

- (一) 城乡建设和管理的重大事项；
- (二) 社会公益事业建设情况；
- (三) 征收或者征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况；
- (四) 抢险救灾、优抚、救济、社会捐助等款物的管理、使用和分配情况。

第十二条 乡（镇）人民政府应当依照本条例第九条的规定，在其职责范围内确定主动公开的政府信息的具体内容，并重点公开下列政府信息：

- (一) 贯彻落实国家关于农村工作政策的情况；
- (二) 财政收支、各类专项资金的管理和使用情况；
- (三) 乡（镇）土地利用总体规划、宅基地使用的审核情况；
- (四) 征收或者征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况；
- (五) 乡（镇）的债权债务、筹资筹劳情况；
- (六) 抢险救灾、优抚、救济、社会捐助等款物的发放情况；
- (七) 乡镇集体企业及其他乡镇经济实体承包、租赁、拍卖等情况；
- (八) 执行计划生育政策的情况。

第十三条 除本条例第九条、第十条、第十一条、第十二条规定的行政机关主动公开的政府信息外，公民、法人或者其他组织还可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要，向国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门申请获取相关政府信息。

第十四条 行政机关应当建立健全政府信息公开发布保密审查机制，明确审查的程序和责任。

行政机关在公开政府信息前，应当依照《中华人民共和国保守国家秘密法》以及其他法律、法规和国家有关规定对拟公开的政府信息进行审查。

行政机关对政府信息不能确定是否可以公开时，应当依照法律、法规和国家有关规定报有关主管部门或者同级保密工作部门确定。

行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。但是，经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，可以予以公开。

考点解析

政府信息公开的范围是《政府信息公开条例》中的核心内容。根据条例，政府信息公开的范围主要包括三个方面：主动公开的范围、依申请公开的范围和不予公开的范围。

1. 政府应主动公开的信息范围

(1) 一般原则。原则上，行政机关对符合下列基本要求之一的政府信息应当主动公开：涉及公民、法人或者其他组织切身利益的；需要社会公众广泛知晓或者参与的；反映本行政机关机构设置、职能、办事程序等情况的；其他依照法律、法规和国家有关规定应当主动公开的。

(2) 重点公开内容。除一般规定外，《政府信息公开条例》还特别规定了不同级别的政府需要主动公开的重点内容：

① 县级以上各级人民政府及其部门应当重点公开下列政府信息：行政法规、规章和规范性文件；国民经济和社会发展规划、专项规划、区域规划及相关政策；国民经济和社



会发展统计信息；财政预算、决算报告；行政事业性收费的项目、依据、标准；政府集中采购项目的目录、标准及实施情况；行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及申请行政许可需要提交的全部材料目录及办理情况；重大建设项目的批准和实施情况；扶贫、教育、医疗、社会保障、促进就业等方面的政策、措施及其实施情况；突发公共事件的应急预案、预警信息及应对情况；环境保护、公共卫生、安全生产、食品药品、产品质量的监督检查情况。

② 设区的市级人民政府、县级人民政府及其部门重点公开的政府信息还包括：城乡建设和管理的重大事项；社会公益事业建设情况；征收或者征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况；抢险救灾、优抚、救济、社会捐助等款物的管理、使用和分配情况。

③ 乡（镇）人民政府应当重点公开下列政府信息：贯彻落实国家关于农村工作政策的情况；财政收支、各类专项资金的管理和使用情况；乡（镇）土地利用总体规划、宅基地使用的审核情况；征收或者征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况；乡（镇）的债权债务、筹资筹劳情况；抢险救灾、优抚、救济、社会捐助等款物的发放情况；乡镇集体企业及其他乡镇经济实体承包、租赁、拍卖等情况；执行计划生育政策的情况。

2. 政府依申请公开的信息范围

公民、法人或者其他组织还可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要，向国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门申请获取相关政府信息。《政府信息公开条例》并没有明确依申请公开的信息范围，原则上只要该信息不属于政府信息公开的例外，且与申请人密切相关，政府机关就应当公开。

3. 政府信息审查与信息公开的例外

行政机关应当建立健全政府信息发布保密审查机制，明确审查的程序和责任。行政机关在公开政府信息前，应当依照《中华人民共和国保守国家秘密法》以及其他法律、法规和国家有关规定对拟公开的政府信息进行审查。行政机关对政府信息不能确定是否可以公开时，应当依照法律、法规和国家有关规定报有关主管部门或者同级保密工作部门确定。

行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。但是，经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，可以予以公开。

真题演练

(2008-2-42)^① 下列哪一项信息是县级和乡（镇）人民政府均应重点主动公开的政府信息？

- A. 征收或征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况
- B. 社会公益事项建设情况
- C. 政府集中采购项目的目录、标准及实施情况
- D. 执行计划生育政策的情况

^① A。本题中只有 A 选项按照法律规定属于人民政府应当重点公开的信息。

考点四 政府信息公开的方式

重点法条

第十五条 行政机关应当将主动公开的政府信息，通过政府公报、政府网站、新闻发布会以及报刊、广播、电视等便于公众知晓的方式公开。

第十六条 各级人民政府应当在国家档案馆、公共图书馆设置政府信息查阅场所，并配备相应的设施、设备，为公民、法人或者其他组织获取政府信息提供便利。

行政机关可以根据需要设立公共查阅室、资料索取点、信息公告栏、电子信息屏等场所、设施，公开政府信息。

行政机关应当及时向国家档案馆、公共图书馆提供主动公开的政府信息。

考点解析

1. 政府应当设置的公开渠道包括：

(1) 通过政府公报、政府网站、新闻发布会以及报刊、广播、电视等；

(2) 在国家档案馆、公共图书馆设置政府信息查阅场所并配备相应设施、设备。

2. 政府可以设置的公开渠道包括：公共查阅室、资料索取点、信息公告栏、电子信息屏等场所、设施。

考点五 政府信息公开的程序

重点法条

第十八条 属于主动公开范围的政府信息，应当自该政府信息形成或者变更之日起20个工作日内予以公开。法律、法规对政府信息公开的期限另有规定的，从其规定。

第十九条 行政机关应当编制、公布政府信息公开指南和政府信息公开目录，并及时更新。

政府信息公开指南，应当包括政府信息的分类、编排体系、获取方式，政府信息公开工作机构的名称、办公地址、办公时间、联系电话、传真号码、电子邮箱等内容。

政府信息公开目录，应当包括政府信息的索引、名称、内容概述、生成日期等内容。

第二十条 公民、法人或者其他组织依照本条例第十三条规定向行政机关申请获取政府信息的，应当采用书面形式（包括数据电文形式）；采用书面形式确有困难的，申请人可以口头提出，由受理该申请的行政机关代为填写政府信息公开申请。

政府信息公开申请应当包括下列内容：

(一) 申请人的姓名或者名称、联系方式；

(二) 申请公开的政府信息的内容描述；

(三) 申请公开的政府信息的形式要求。

第二十一条 对申请公开的政府信息，行政机关根据下列情况分别作出答复：

(一) 属于公开范围的，应当告知申请人获取该政府信息的方式和途径；





(二) 属于不予公开范围的,应当告知申请人并说明理由;

(三) 依法不属于本行政机关公开或者该政府信息不存在的,应当告知申请人,对能够确定该政府信息的公开机关的,应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式;

(四) 申请内容不明确的,应当告知申请人作出更改、补充。

第二十二条 申请公开的政府信息中含有不应当公开的内容,但是能够作区分处理的,行政机关应当向申请人提供可以公开的信息内容。

第二十三条 行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私,公开后可能损害第三方合法权益的,应当书面征求第三方的意见;第三方不同意公开的,不得公开。但是,行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的,应当予以公开,并将决定公开的政府信息内容和理由书面通知第三方。

第二十四条 行政机关收到政府信息公开申请,能够当场答复的,应当当场予以答复。

行政机关不能当场答复的,应当自收到申请之日起15个工作日内予以答复;如需延长答复期限的,应当经政府信息公开工作机构负责人同意,并告知申请人,延长答复的期限最长不得超过15个工作日。

申请公开的政府信息涉及第三方权益的,行政机关征求第三方意见所需时间不计算在本条第二款规定的期限内。

第二十五条 公民、法人或者其他组织向行政机关申请提供与其自身相关的税费缴纳、社会保障、医疗卫生等政府信息的,应当出示有效身份证件或者证明文件。

公民、法人或者其他组织有证据证明行政机关提供的与其自身相关的政府信息记录不准确的,有权要求该行政机关予以更正。该行政机关无权更正的,应当转送有权更正的行政机关处理,并告知申请人。

第二十六条 行政机关依申请公开政府信息,应当按照申请人要求的形式予以提供;无法按照申请人要求的形式提供的,可以通过安排申请人查阅相关资料、提供复制件或者其他适当形式提供。

第二十七条 行政机关依申请提供政府信息,除可以收取检索、复制、邮寄等成本费用外,不得收取其他费用。行政机关不得通过其他组织、个人以有偿服务方式提供政府信息。

行政机关收取检索、复制、邮寄等成本费用的标准由国务院价格主管部门会同国务院财政部门制定。

第二十八条 申请公开政府信息的公民确有经济困难的,经本人申请、政府信息公开工作机构负责人审核同意,可以减免相关费用。

申请公开政府信息的公民存在阅读困难或者视听障碍的,行政机关应当为其提供必要的帮助。

考点解析

1. 主动公开的程序

(1) 期限。属于主动公开范围的政府信息,应当自该政府信息形成或者变更之日起20个工作日内予以公开。法律、法规对政府信息公开的期限另有规定的,从其规定。

(2) 编制信息公开指南与目录。行政机关应当编制、公布政府信息公开指南和政府信息公开目录,并及时更新。政府信息公开指南,应当包括政府信息的分类、编排体系、获



取方式,政府信息公开工作机构的名称、办公地址、办公时间、联系电话、传真号码、电子邮箱等内容。政府信息公开目录,应当包括政府信息的索引、名称、内容概述、生成日期等内容。

2. 依申请公开的程序

(1) 公民的申请。公民、法人或者其他组织向行政机关申请获取政府信息的,应当采用书面形式(包括数据电文形式);采用书面形式确有困难的,申请人可以口头提出,由受理该申请的行政机关代为填写政府信息公开申请。政府信息公开申请应当包括下列内容:申请人的姓名或者名称、联系方式;申请公开的政府信息的内容描述;申请公开的政府信息的形式要求。

公民、法人或者其他组织向行政机关申请提供与其自身相关的税费缴纳、社会保障、医疗卫生等政府信息的,应当出示有效身份证件或者证明文件。

(2) 行政机关的答复。对申请公开的政府信息,行政机关根据下列情况分别作出答复:属于公开范围的,应当告知申请人获取该政府信息的方式和途径;属于不予公开范围的,应当告知申请人并说明理由;依法不属于本行政机关公开或者该政府信息不存在的,应当告知申请人,对能够确定该政府信息的公开机关的,应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式;申请内容不明确的,应当告知申请人作出更改、补充;申请公开的政府信息中含有不应当公开的内容,但是能够作区分处理的,行政机关应当向申请人提供可以公开的信息内容。

对第三人的保护与公共利益的衡量。行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私,公开后可能损害第三方合法权益的,应当书面征求第三方的意见;第三方不同意公开的,不得公开。但是,行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的,应当予以公开,并将决定公开的政府信息内容和理由书面通知第三方。

(3) 行政机关的答复期限与信息提供方式。行政机关收到政府信息公开申请,能够当场答复的,应当当场予以答复。行政机关不能当场答复的,应当自收到申请之日起15个工作日内予以答复;如需延长答复期限的,应当经政府信息公开工作机构负责人同意,并告知申请人,延长答复的期限最长不得超过15个工作日。申请公开的政府信息涉及第三方权益的,行政机关征求第三方意见所需时间不计算在前述答复期限内。

行政机关依申请公开政府信息,应当按照申请人要求的形式予以提供;无法按照申请人要求的形式提供的,可以通过安排申请人查阅相关资料、提供复制件或者其他适当形式提供。

(4) 费用征收。行政机关依申请提供政府信息,除可以收取检索、复制、邮寄等成本费用外,不得收取其他费用。行政机关不得通过其他组织、个人以有偿服务方式提供政府信息。行政机关收取检索、复制、邮寄等成本费用的标准由国务院价格主管部门会同国务院财政部门制定。

真题演练

1. (2008-2-90)^① 因一高压线路经过某居民小区,该小区居民李某向某市规划局

^① CD。相对人向行政机关申请提供与其自身相关的税费缴纳、社会保障、医疗卫生等政府信息的,应当出示有效身份证件或者证明文件,因此选项A错误,《政府信息公开条例》没有规定相对人申请政府信息公开应说明申请信息的用途的义务,因此选项B错误。相对人要求政府信息公开时,可提出具体公开方式的要求,政府可收取相关成本费用,因此选项C和D正确。



申请公开高压线路图。下列哪些说法是正确的？

- A. 李某提交书面申请时应出示本人有效身份证明
- B. 李某应说明申请信息的用途
- C. 李某可以对公开信息方式提出自己的要求
- D. 某市规划局公开信息时，可以向李某依法收取相关成本费

2. (2009-2-44)^① 申请人申请公开下列哪一项政府信息时，应当出示有效身份证件或证明文件？

- A. 要求税务机关公开本人缴纳个人所得税情况的信息
- B. 要求区政府公开该区受理和审理行政复议案件的信息
- C. 要求县卫生局公开本县公共卫生费用使用情况的信息
- D. 要求市公安局公开办理养犬证收费情况的信息

3. (2009-2-81)^② 2002 年，甲乙两村发生用地争议，某县政府召开协调会并形成会议纪要。2008 年 12 月，甲村一村民向某县政府申请查阅该会议纪要。下列哪些选项是正确的？

- A. 该村民可以口头提出申请
- B. 因会议纪要形成于《政府信息公开条例》实施前，故不受《条例》规范
- C. 因会议纪要不属于政府信息，某县政府可以不予公开
- D. 如某县政府提供有关信息，可以向该村民收取检索、复制、邮寄等费用

考点六 政府信息公开的监督与救济

重点法条

第二十九条 各级人民政府应当建立健全政府信息公开工作考核制度、社会评议制度和责任追究制度，定期对政府信息公开工作进行考核、评议。

第三十条 政府信息公开工作主管部门和监察机关负责对行政机关政府信息公开的实施情况进行监督检查。

第三十一条 各级行政机关应当在每年 3 月 31 日前公布本行政机关的政府信息公开工作年度报告。

第三十二条 政府信息公开工作年度报告应当包括下列内容：

- (一) 行政机关主动公开政府信息的情况；
- (二) 行政机关依申请公开政府信息和不予公开政府信息的情况；
- (三) 政府信息公开的收费及减免情况；
- (四) 因政府信息公开申请行政复议、提起行政诉讼的情况；
- (五) 政府信息公开工作存在的主要问题及改进情况；

^① A。公民、法人或者其他组织向行政机关申请提供与其自身相关的税费缴纳、社会保障、医疗卫生等政府信息的，应当出示有效身份证件或者证明文件，因此选项 A 正确。

^② AD。公民、法人或者其他组织向行政机关申请获取政府信息的，应当采用书面形式（包括数据电文形式），采用书面形式确有困难的，申请人可以口头提出，因此选项 A 正确；行政机关依申请提供政府信息，可以收取检索、复制、邮寄等成本费用，因此选项 D 正确。

(六) 其他需要报告的事项。

第三十三条 公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行政府信息公开义务的，可以向上级行政机关、监察机关或者政府信息公开工作主管部门举报。收到举报的机关应当予以调查处理。

公民、法人或者其他组织认为行政机关在政府信息公开工作中的具体行政行为侵犯其合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

第三十四条 行政机关违反本条例的规定，未建立健全政府信息公开发布保密审查机制的，由监察机关、上一级行政机关责令改正；情节严重的，对行政机关主要负责人依法给予处分。

考点解析

1. 监督

政府信息公开的监督主要包括各级政府对各部门及下级政府的信息公开工作进行考核、评议；政府信息公开主管部门和监察机关对行政机关政府信息公开的实施情况进行监督检查；各级行政机关信息公开工作年度报告；公民、法人或其他组织认为行政机关不依法履行政府信息公开义务的举报等。

2. 救济方式

(1) 公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行政府信息公开义务的，可以向上级行政机关、监察机关或者政府信息公开工作主管部门举报。收到举报的机关应当予以调查处理。

(2) 公民、法人或者其他组织认为行政机关在政府信息公开工作中的具体行政行为侵犯其合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。



第九讲 《信访条例》

【本讲概要】《信访条例》的基本内容：信访的基本原则，信访的提出、办理与监督。

考点一 信访的基本原则

信访是公民、法人或者其他组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式，向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况，提出建议、意见或者投诉请求，依法由有关行政机关处理的活动。《信访条例》明确规定，各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当做好信访工作，认真处理来信、接待来访，倾听人民群众的意见、建议和要求，接受人民群众的监督，努力为人民群众服务。各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当畅通信访渠道，为信访人采用本条例规定的形式反映情况，提出建议、意见或者投诉请求提供便利条件。

重点法条

第四条 信访工作应当在各级人民政府领导下，坚持属地管理、分级负责，谁主管、谁负责，依法、及时、就地解决问题与疏导教育相结合的原则。

第五条 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当科学、民主决策，依法履行职责，从源头上预防导致信访事项的矛盾和纠纷。

县级以上人民政府应当建立统一领导、部门协调，统筹兼顾、标本兼治，各负其责、齐抓共管的信访工作格局，通过联席会议、建立排查调处机制、建立信访督查工作制度等方式，及时化解矛盾和纠纷。

各级人民政府、县级以上人民政府各工作部门的负责人应当阅批重要来信、接待重要来访、听取信访工作汇报，研究解决信访工作中的突出问题。

考点解析

信访的基本原则是：坚持属地管理、分级负责，谁主管、谁负责，依法、及时、就地解决问题与疏导教育相结合。

考点二 信访机构与主要职责

重点法条

第六条 县级以上人民政府应当设立信访工作机构；县级以上人民政府工作部门及



乡、镇人民政府应当按照有利工作、方便信访人的原则，确定负责信访工作的机构（以下简称信访工作机构）或者人员，具体负责信访工作。

县级以上人民政府信访工作机构是本级人民政府负责信访工作的行政机构，履行下列职责：

- （一）受理、交办、转送信访人提出的信访事项；
- （二）承办上级和本级人民政府交由处理的信访事项；
- （三）协调处理重要信访事项；
- （四）督促检查信访事项的处理；
- （五）研究、分析信访情况，开展调查研究，及时向本级人民政府提出完善政策和改进工作的建议；
- （六）对本级人民政府其他工作部门和下级人民政府信访工作机构的信访工作进行指导。

考点三 信访渠道

重点法条

第九条 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当向社会公布信访工作机构的通信地址、电子信箱、投诉电话、信访接待的时间和地点、查询信访事项处理进展及结果的方式等相关事项。

各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当在其信访接待场所或者网站公布与信访工作有关的法律、法规、规章，信访事项的处理程序，以及其他为信访人提供便利的相关事项。

第十条 设区的市级、县级人民政府及其工作部门，乡、镇人民政府应当建立行政机关负责人信访接待日制度，由行政机关负责人协调处理信访事项。信访人可以在公布的接待日和接待地点向有关行政机关负责人当面反映信访事项。

县级以上人民政府及其工作部门负责人或者其指定的人员，可以就信访人反映突出的问题到信访人居住地与信访人面谈沟通。

第十一条 国家信访工作机构充分利用现有政务信息网络资源，建立全国信访信息系统，为信访人在当地提出信访事项、查询信访事项办理情况提供便利。

县级以上地方人民政府应当充分利用现有政务信息网络资源，建立或者确定本行政区域的信访信息系统，并与上级人民政府、政府有关部门、下级人民政府的信访信息系统实现互联互通。

第十二条 县级以上各级人民政府的信访工作机构或者有关工作部门应当及时将信访人的投诉请求输入信访信息系统，信访人可以持行政机关出具的投诉请求受理凭证到当地人民政府的信访工作机构或者有关工作部门的接待场所查询其所提出的投诉请求的办理情况。具体实施办法和步骤由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第十三条 设区的市、县两级人民政府可以根据信访工作的实际需要，建立政府主导、社会参与、有利于迅速解决纠纷的工作机制。

信访工作机构应当组织相关社会团体、法律援助机构、相关专业人员、社会志愿者等

共同参与，运用咨询、教育、协商、调解、听证等方法，依法、及时、合理处理信访人的投诉请求。

考点四 信访工作的程序

重点法条

1. 信访的提出

第十四条 信访人对下列组织、人员的职务行为反映情况，提出建议、意见，或者不服下列组织、人员的职务行为，可以向有关行政机关提出信访事项：

- （一）行政机关及其工作人员；
- （二）法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织及其工作人员；
- （三）提供公共服务的企业、事业单位及其工作人员；
- （四）社会团体或者其他企业、事业单位中由国家行政机关任命、派出的人员；
- （五）村民委员会、居民委员会及其成员。

对依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的投诉请求，信访人应当依照有关法律、行政法规规定的程序向有关机关提出。

第十五条 信访人对各级人民代表大会以及县级以上各级人民代表大会常务委员会、人民法院、人民检察院职权范围内的信访事项，应当分别向有关的人民代表大会及其常务委员会、人民法院、人民检察院提出，并遵守本条例第十六条、第十七条、第十八条、第十九条、第二十条的规定。

第十六条 信访人采用走访形式提出信访事项，应当向依法有权处理的本级或者上一级机关提出；信访事项已经受理或者正在办理的，信访人在规定期限内向受理、办理机关的上级机关再提出同一信访事项的，该上级机关不予受理。

第十七条 信访人提出信访事项，一般应当采用书信、电子邮件、传真等书面形式；信访人提出投诉请求的，还应当载明信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。

有关机关对采用口头形式提出的投诉请求，应当记录信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。

第十八条 信访人采用走访形式提出信访事项的，应当到有关机关设立或者指定的接待场所提出。

多人采用走访形式提出共同的信访事项的，应当推选代表，代表人数不得超过5人。

第十九条 信访人提出信访事项，应当客观真实，对其所提供材料内容的真实性负责，不得捏造、歪曲事实，不得诬告、陷害他人。

第二十条 信访人在信访过程中应当遵守法律、法规，不得损害国家、社会、集体的利益和其他公民的合法权利，自觉维护社会公共秩序和信访秩序，不得有下列行为：

- （一）在国家机关办公场所周围、公共场所非法聚集，围堵、冲击国家机关，拦截公务车辆，或者堵塞、阻断交通的；
- （二）携带危险物品、管制器具的；
- （三）侮辱、殴打、威胁国家机关工作人员，或者非法限制他人人身自由的；
- （四）在信访接待场所滞留、滋事，或者将生活不能自理的人弃留在信访接待场所的；





(五) 煽动、串联、胁迫、以财物诱使、幕后操纵他人信访或者以信访为名借机敛财的；

(六) 扰乱公共秩序、妨害国家和公共安全的其他行为。

2. 信访的受理

第二十一条 县级以上人民政府信访工作机构收到信访事项，应当予以登记，并区分情况，在 15 日内分别按下列方式处理：

(一) 对本条例第十五条规定的信访事项，应当告知信访人分别向有关的人民代表大会及其常务委员会、人民法院、人民检察院提出。对已经或者依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的，不予受理，但应当告知信访人依照有关法律、行政法规规定程序向有关机关提出。

(二) 对依照法定职责属于本级人民政府或者其工作部门处理决定的信访事项，应当转送有权处理的行政机关；情况重大、紧急的，应当及时提出建议，报请本级人民政府决定。

(三) 信访事项涉及下级行政机关或者其工作人员的，按照“属地管理、分级负责，谁主管、谁负责”的原则，直接转送有权处理的行政机关，并抄送下一级人民政府信访工作机构。

县级以上人民政府信访工作机构要定期向下一级人民政府信访工作机构通报转送情况，下级人民政府信访工作机构要定期向上一级人民政府信访工作机构报告转送信访事项的办理情况。

(四) 对转送信访事项中的重要情况需要反馈办理结果的，可以直接交由有权处理的行政机关办理，要求其在指定办理期限内反馈结果，提交办结报告。

按照前款第(二)项至第(四)项规定，有关行政机关应当自收到转送、交办的信访事项之日起 15 日内决定是否受理并书面告知信访人，并按要求通报信访工作机构。

第二十二条 信访人按照本条例规定直接向各级人民政府信访工作机构以外的行政机关提出的信访事项，有关行政机关应当予以登记；对符合本条例第十四条第一款规定并属于本机关法定职权范围的信访事项，应当受理，不得推诿、敷衍、拖延；对不属于本机关职权范围的信访事项，应当告知信访人向有权的机关提出。

有关行政机关收到信访事项后，能够当场答复是否受理的，应当当场书面答复；不能当场答复的，应当自收到信访事项之日起 15 日内书面告知信访人。但是，信访人的姓名(名称)、住址不清的除外。

有关行政机关应当相互通报信访事项的受理情况。

第二十三条 行政机关及其工作人员不得将信访人的检举、揭发材料及有关情况透露或者转给被检举、揭发的人员或者单位。

第二十四条 涉及两个或者两个以上行政机关的信访事项，由所涉及的行政机关协商受理；受理有争议的，由其共同的上一级行政机关决定受理机关。

第二十五条 应当对信访事项作出处理的行政机关分立、合并、撤销的，由继续行使其职权的行政机关受理；职责不清的，由本级人民政府或者其指定的机关受理。

第二十六条 公民、法人或者其他组织发现可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息时，可以就近向有关行政机关报告。地方各级人民政府接到报告后，应当立即



报告上一级人民政府；必要时，通报有关主管部门。县级以上地方人民政府有关部门接到报告后，应当立即报告本级人民政府和上一级主管部门；必要时，通报有关主管部门。国务院有关部门接到报告后，应当立即报告国务院；必要时，通报有关主管部门。

行政机关对重大、紧急信访事项和信访信息不得隐瞒、谎报、缓报，或者授意他人隐瞒、谎报、缓报。

第二十七条 对于可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息，有关行政机关应当在职责范围内依法及时采取措施，防止不良影响的产生、扩大。

3. 信访的办理

第二十八条 行政机关及其工作人员办理信访事项，应当恪尽职守、秉公办事，查明事实、分清责任，宣传法制、教育疏导，及时妥善处理，不得推诿、敷衍、拖延。

第二十九条 信访人反映的情况，提出的建议、意见，有利于行政机关改进工作、促进国民经济和社会发展的，有关行政机关应当认真研究论证并积极采纳。

第三十条 行政机关工作人员与信访事项或者信访人有直接利害关系的，应当回避。

第三十一条 对信访事项有权处理的行政机关办理信访事项，应当听取信访人陈述事实和理由；必要时可以要求信访人、有关组织和人员说明情况；需要进一步核实有关情况的，可以向其他组织和人员调查。

对重大、复杂、疑难的信访事项，可以举行听证。听证应当公开举行，通过质询、辩论、评议、合议等方式，查明事实，分清责任。听证范围、主持人、参加人、程序等由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第三十二条 对信访事项有权处理的行政机关经调查核实，应当依照有关法律、法规、规章及其他有关规定，分别作出以下处理，并书面答复信访人：

（一）请求事实清楚，符合法律、法规、规章或者其他有关规定的，予以支持；

（二）请求事由合理但缺乏法律依据的，应当对信访人做好解释工作；

（三）请求缺乏事实根据或者不符合法律、法规、规章或者其他有关规定的，不予支持。

有权处理的行政机关依照前款第（一）项规定作出支持信访请求意见的，应当督促有关机关或者单位执行。

第三十三条 信访事项应当自受理之日起 60 日内办结；情况复杂的，经本行政机关负责人批准，可以适当延长办理期限，但延长期限不得超过 30 日，并告知信访人延期理由。法律、行政法规另有规定的，从其规定。

第三十四条 信访人对行政机关作出的信访事项处理意见不服的，可以自收到书面答复之日起 30 日内请求原办理行政机关的上一级行政机关复查。收到复查请求的行政机关应当自收到复查请求之日起 30 日内提出复查意见，并予以书面答复。

第三十五条 信访人对复查意见不服的，可以自收到书面答复之日起 30 日内向复查机关的上一级行政机关请求复核。收到复核请求的行政机关应当自收到复核请求之日起 30 日内提出复核意见。

复核机关可以按照本条例第三十一条第二款的规定举行听证，经过听证的复核意见可以依法向社会公示。听证所需时间不计算在前款规定的期限内。

信访人对复核意见不服，仍然以同一事实和理由提出投诉请求的，各级人民政府信访工作机构和其他行政机关不再受理。



4. 信访的督办

第三十六条 县级以上人民政府信访工作机构发现有关行政机关有下列情形之一的，应当及时督办，并提出改进建议：

- （一）无正当理由未按规定的办理期限办结信访事项的；
- （二）未按规定反馈信访事项办理结果的；
- （三）未按规定程序办理信访事项的；
- （四）办理信访事项推诿、敷衍、拖延的；
- （五）不执行信访处理意见的；
- （六）其他需要督办的情形。

收到改进建议的行政机关应当在 30 日内书面反馈情况；未采纳改进建议的，应当说明理由。

第三十七条 县级以上人民政府信访工作机构对于信访人反映的有关政策性问题的，应当及时向本级人民政府报告，并提出完善政策、解决问题的建议。

第三十八条 县级以上人民政府信访工作机构对在信访工作中推诿、敷衍、拖延、弄虚作假造成严重后果的行政机关工作人员，可以向有关行政机关提出给予行政处分的建议。

第三十九条 县级以上人民政府信访工作机构应当就以下事项向本级人民政府定期提交信访情况分析报告：

- （一）受理信访事项的数据统计、信访事项涉及领域以及被投诉较多的机关；
- （二）转送、督办情况以及各部门采纳改进建议的情况；
- （三）提出的政策性建议及其被采纳情况。

真题演练

（2006-2-94）^① 下列有关信访的何种做法是正确的？

- A. 田某对乡政府的决定不服，可以采用走访形式到市政府提出信访事项
- B. 某县人民政府信访局收到李某提出的信访事项，应当予以登记，并在 15 日内决定是否受理并书面告知李某
- C. 某县工商局不设立专门的信访工作机构，违反了信访规定
- D. 沈某对某县人民政府作出的信访事项处理意见不服，可以请求市政府复查

^① D。信访人对行政机关作出的信访事项处理意见不服的，可以自收到书面答复之日起 30 日内请求原办理行政机关的上一级行政机关复查，因此选项 D 正确。



宪法



一、司考与宪法

在司法考试中，宪法是一门比较尴尬的学科，过来人多有食之无味、弃之可惜的“鸡肋”之感，这可以归因于宪法的两个特点：高难度和低分值。

先看难度，作为一个部门法而言，宪法的内容不比民法、刑法、行政法这些传统大法少，但却是庞大和琐碎的！“庞大”表现在分支多，读者自己查查宪法考查的法律法规即能体会；“琐碎”表现在需要记忆的考点多。与司考打交道不多的考生去破解这庞大而琐碎的一盘乱局，往往力不从心，放弃心有不甘，坚持又难得其门而入。近几年来，宪法题目颇为刁钻，更是人为地增大了难度。

再看分值，在司考总分 600 分的框架下，宪法仅占 20 ~ 22 分，相比较其他法律法规，宪法在司法考试的结构中只是一个第三梯队的角色，与所谓“母法”的称号格格不入，只能与法制史、司法制度等边缘学科“称兄道弟”。分值象征着别无选择和不可逾越的司考之“道”，它的分布历史向所有的考生发出了警告——宪法复习时间的最后限度不可能超越其他高分值科目的边界。

既然高难度是不难发现的，而低分值又是一目了然的，那么如何复习宪法，就实在是一个大问题！

二、战略与方法

司法考试知识量浩如烟海，分配复习时间至关重要。我们提倡按照分值来分配时间。对于宪法这个科目，一方面，如果投入时间过多，就会挤占其他分值高的部门法的时间；另一方面，投入时间过少或完全放弃宪法又是痛苦的，尤其对于实力在 360 分上下浮动的考生更是不能承受之重的。如果保持着规行矩步的心态，以推土机式的方法来复习宪法，只会得不偿失。我们倡导超常规、跳跃式的复习，三千弱水，取那够用的一瓢，足矣！这里介绍的方法，就是在简明扼要的基础上进行比较和重复。

1. 要以“扼要”为战略，“扼要”是指将复习聚焦于历年真题映射出的考点，并作出适当拓展。这一战略基于复习者时间之有限性与宪法内容之庞大、琐碎之间的深刻矛盾。“扼要”从正面看是一种积极的出击，抓住常考、易考、必考就是扼要；而从反面说，“扼要”又是一种放弃，去掉次要，化繁为简。

2. 从方法上应当是比较和重复。“比较”是指对相近知识点进行系统辨析，以某一线索穿透知识的迷雾，通过理解来化解机械记忆的负担；“重复”则是依据记忆规律对重要知识点反复强化，更重要的是在比较中重复，在重复中比较。仅就比较举一例，《选举法》第 50 条规定了罢免经过直接选举产生的（县乡级）人大代表要经原选区过半数的选民通过，而直接选举的当选条件是：①选区全体选民的过半数参加投票（这也是该选举生效的条件）；②获得参加投票的选民过半数的选票，即两个过半数。两种制度虽然都属于直接选举这个知识点，本质上却有泾渭之别。

三、宗旨与特色

本部分力求面向司考实战，全面、准确地解剖司法考试范围内的宪法学：

1. 保证“全面”，即横向上对“知识面”之覆盖，本书引注法条之全之细，为坊间所罕见。

2. 做到“准确”，即纵向“知识点”上的深度解析，表现在文本的冷静和理性。

3. 最重要的是实现“全面”与“准确”的结合。也就是说，这不是繁芜丛杂、不厌其详式的高头讲章，而是按照知识点的可考性去粗取精的司考“胜经”。对于常考热点，绝对不吝笔墨，对于生冷偏僻，则坚决摒弃，所谓“取精用宏”是也。

本部分有如下特点：

1. 在内容上，法条、法理、真题三结合，以“理”析“法”，以“法”入“题”，以“题”悟“理”；学习与实战相结合，学以致用，立竿见影。

2. 在结构上，将众多的宪法考点按其本来的内在逻辑联系，分为宪法的基本理论、宪法的变迁、公民及其基本权利、官员及其任免制度、国家权力的横向配置、国家权力的纵向配置和《立法法》七讲，方便考生高屋建瓴，按图索骥，宏观把握宪法全貌，此为本部分之“纲”。

3. 在体例上，每讲下又分考点、重点法条/法学理论、考点解析、真题演练诸节，这种极具操作性的体例旨在方便考生生活学活用，微观体悟宪法精义，此为本部分之“目”。

4. 在文字风格上，力求简洁明快，图表与文字相结合，表格便于背诵，文字助于消化，以利复习之迅捷。



第一讲 宪法的基本理论

【本讲概要】 本讲主要从静态的角度梳理了宪法的基本理论，也包括了宪法的
历史发展，主要内容是宪法的概念和特征，宪法的本质和基本原则，宪法的分类，宪
法的历史发展，宪法的作用等，以宪法的分类和宪法的历史发展为重点。

考点一 宪法的概念和特征

法学理论

- ★^①宪法的概念
- ★★宪法的特征
- ★宪法与法律的关系

考点解析

（一）宪法的概念

宪法的概念：宪法是规定国家根本制度和根本任务、集中表现各种政治力量对比关系、保障公民基本权利的国家根本法。

此概念易觉抽象、空洞，其要害在于“根本”、“集中”、“基本”三语，宪法总是用形容词的最高级来修饰的，这折射出宪法相对于一般法律之根本优越性。从概念的反面入手，可以达成语义向内涵的还原。换言之，凡是规定的国家制度不根本、表现的政治关系不集中、保障的公民权利不基本的，必非宪法而为一般部门法。

宪法概念虽然从未考过，而且也可能在今后永远不考，但它是理解整个宪法理论的钥匙，如不能深刻领会，在学习宪法时往往会犯只见树木不见森林的错误。

（二）宪法的特征

国家根本法	在内容上，规定国家最根本最重要的问题
	在效力上，具有最高法律效力
	在制定与修改程序上，比其他法律更严格（机关、程序）
公民权利保障书	在事实上，保障公民权利是宪法最主要、最核心的价值
	在历史上，宪法是为了确认反封建斗争取得的权利而制定的
	在内容上，分为国家权力行使和公民权利保障两大块，而对公民权利的有效保障又居于支配地位（注意1789年《美国宪法》未明确规定公民基本权利）

① ★的个数表示内容的重要程度。

(续表)

民主事实法律化的基本形式	宪法伴随资产阶级民主事实的出现而产生
	社会主义宪法也以无产阶级民主事实为前提
	宪法的根本法地位决定了它是“基本”形式

宪法的特征是指宪法与法律的不同之处,通说认为,宪法具有如下三个基本特征:

1. 宪法是国家根本法。这是宪法在法律上的特征,表明宪法是“法律的法律”,是“母法”,具体而言,这一特征有三点含义:

(1) 在内容上,宪法规定一个国家最根本、最重要的问题。相形之下,其他法律所规定的内容通常只是国家生活中的一般性或具体领域的问题。

(2) 在法律效力上,宪法具有最高法律效力。宪法的最高法律效力主要包括三个方面:①宪法是制定普通法律依据,普通法律由宪法派生;②任何普通法律、法规都不得与宪法的原则和精神相违背;③宪法是一切国家机关、社会团体和全体公民的最高行为准则。

(3) 在制定与修改程序上,宪法比其他法律更严格。通说认为,“程序更严格”不仅包括语义上的“程序”,而应解释为:①制宪和修宪机关更严格,往往是特设机关;②制宪和修宪程序更严格,往往是特别程序。

2. 宪法是公民权利的保障书。这是从宪法的功能或价值上总结出来的特征,可以从以下三个方面去理解:

(1) 从现实作用来看,宪法最主要、最核心的价值就在于它是公民权利的保障书;

(2) 从历史的角度来看,宪法是为了确认反封建斗争取得的权利,巩固胜利的成果而制定的;

(3) 宪法的基本内容可以分为国家权力的正确行使和公民权利的有效保障,就这两者之间的相互关系来说,公民权利的有效保障居于支配地位。

3. 宪法是民主事实法律化的基本形式。宪法与民主密不可分,可以从以下三个方面去理解:

(1) 宪法伴随着资产阶级民主事实的出现而产生;

(2) 社会主义宪法也以无产阶级民主事实为前提,是无产阶级民主事实的法律化。

(3) 基于宪法的根本法地位以及宪法的基本内容,宪法是民主事实法律化的基本形式。

(三) 宪法与法律的关系

1. 宪法与法律之共性

(1) 共同的经济基础,其性质主要取决于社会的物质文化形态。

(2) 都是由国家制定并以国家强制力保障实施的行为规范。

(3) 都通过规定社会关系参加者的权利义务来确认和保护社会秩序和法律秩序。

(4) 宪法和法律一样具有制裁性等。

2. 宪法相对于法律之优越性

宪法是高级法,是国家的根本法,通常被称之为“法律的法律”,具有其自身的基本特征,这些特征标志着宪法在法律体系中的特殊地位和国家生活中的地位。



相关名言

1789年法国《人权宣言》：凡权利无保障和分权未确立的社会就没有宪法。

列宁：宪法就是一张写着人民权利的纸。

（注：以上两句均指向“保障公民权利是宪法最主要、最核心的价值”。）

毛泽东：世界上历来的宪政，不论是英国、法国、美国或者是苏联，都是在革命成功有了民主事实以后，颁布一个根本大法，去承认它，这就是宪法。

（注：此句指向“宪法是民主事实法律化的基本形式”。）

真题演练

1. (2002-1-38)^① 宪法具有最高法律效力。宪法的最高法律效力主要包括以下哪些方面的含义？

- A. 宪法是制定普通法律的依据，任何普通法律、法规都不得与宪法相抵触
- B. 宪法是一切国家机关、社会团体和全体公民的最高行为准则
- C. 在制定和修改程序上，宪法比其他法律的要求更加严格
- D. 在内容上，宪法规定国家最根本、最重要的问题

2. (2006-1-11)^② “凡权利无保障和分权未确立的社会就没有宪法。”的论断是由下列哪一部宪法文件予以明文规定的？

- A. 1789年的法国《人权与公民权利宣言》
- B. 1776年的北美《独立宣言》
- C. 1688年的英国《权利法案》
- D. 1918年对苏俄《被剥削劳动人民权利宣言》

考点二 宪法的本质与基本原则

法学理论

- ★宪法的本质
- ★宪法的基本原则

考点解析

1. 宪法的本质是各种政治力量对比关系的集中表现

宪法的本质是各种政治力量对比关系的集中表现，这一判断是将宪法的种种法律特征和社会特征剥离后，借助马克思主义的国家理论，注入必要的政治语义，而呈现和还原出来的那个内在的本质。当然，根据马克思主义法学理论，所有法律的本质都是政治力量对比关系的表现，但宪法是最集中的表现。

2. 宪法的基本原则

(1) 人民主权原则：可以结合制宪权原理来理解，国家主权属于人民，这是从最高决

^① AB。从逻辑上说，内容、程序和效力处于同一层次，显然不可能是效力的下位内容，本题考点为常考内容，应当熟记。

^② A。识记题，注重细节，考点较偏是近年来宪法题目的风格。



定权意义上而言，而制宪权是主权的下位概念，是主权的展开，其主体仍然是人民。人民享有主权，为了行使主权，人民通过制宪建立宪法，进而通过宪法产生立法权、司法权、行政权等具体的国家权力，建立起完备的国家制度。“主权—制宪权—具体化的权力”，这是一个历史实证的顺序，也是逻辑应然的展开。注意社会主义国家宪法中“一切权力属于人民”实质上也就是这一原则。

(2) 基本人权原则：强调国家权力须以公民的基本人权为核心价值，把握两者的价值位阶，即国家权力 < 基本人权。注意一点，资本主义宪法所体现的基本人权原则的特点在于以人权的普遍性掩盖人权的阶级性；社会主义宪法则以人权的阶级性谋求人权的普遍性。

(3) 法治原则：①依法治国，强调法的权威性；②这个法本身须为善法。法治原则在资本主义国家中不可能真正实现，社会主义的法治原则有了真正实现的前提条件。

(4) 权力制约原则：既包括公民权利对国家权力的制约，也包括国家权力对国家权力的制约。在资本主义国家的宪法中，权力制约原则主要表现为分权原则，1787年美国宪法首先实现了这一原则；在社会主义国家的宪法中，权力制约原则主要表现为监督原则，为巴黎公社首创。

考点三 宪法与宪政

法学理论

★★宪法与宪政

考点解析

考 点	内 容		提 炼
宪法的特征	宪法实施是建立宪政的基本途径		实施是途径
	建立有限政府是宪政的基本精神		限权（力）是精神
	树立宪法的最高权威是宪政的集中表现		权威是表现
宪法与宪政的关系	联系	宪法是宪政的前提，宪政是宪法的生命	前提与生命
		宪法是静态的宪政，宪政是动态的宪法	一静一动
	共同点	都是商品经济发展的产物	商品经济之产物
		都是民主与法治的重要表现	民主法治之表现
		都以限制国家权力、保障人权为目的	限权（力）保权（利）是目的

真题演练

(2003 - 1 - 45)① 下列有关宪法与宪政的表述，哪些是正确的？

- A. 宪法是宪政的前提
- B. 近代的宪法与宪政以限制国家权力、保障人权为目的

① ABCD。宪政问题近年来考得较少，即使考也大多是识记型题目。



- C. 树立宪法的最高权威是宪政的集中表现
- D. 近代的宪法与宪政是商品经济发展的产物

考点四 宪法的分类

法学理论

- ★★成文宪法与不成文宪法
- ★★刚性宪法与柔性宪法
- ★★钦定宪法、民定宪法与协定宪法
- ★资本主义宪法与社会主义宪法

考点解析

分类标准	具体类型	各自特征	典型国家	注意问题
是否有统一 法典形式	成文宪法	具有统一法典形式	绝大多数国家，注意 1787 年美国宪法是世界上第一部成文宪法，1791 年法国宪法是欧洲第一部成文宪法	英国 J. 蒲莱士提出此分类
	不成文宪法	没有统一法典，散见于法律、判例、惯例	以英国为代表，由宪法性文件、宪法判例和宪法惯例组成	
制定修改是否更严格	刚性宪法	制定、修改的机关和程序不同于一般法律	绝大多数国家	英国 J. 蒲莱士提出此分类
	柔性宪法	制定、修改的机关和程序与一般法律相同	以英国为代表	
宪法制定机关不同	钦定宪法	由君主或以君主名义制定颁布	日本明治宪法、中国钦定宪法大纲	
	民定宪法	至少形式上以民意为依据，追求民主政体	大多数国家	
	协定宪法	由君主与国民（或其代表机关）协商制定	英国《权利法案》、法国 1830 宪法	

1. 成文宪法与不成文宪法，是英国学者 J. 蒲莱士首次提出的宪法分类，两者相互差异在于是否有统一法典形式。1787 年的《美利坚合众国宪法》是世界历史上第一部成文宪法，1791 年法国宪法则是欧洲大陆第一部成文宪法。
- 就此问题，有一种基于字面语义的错误理解，认为两者的区别在于是否有成文的宪法性文件，但这显然是不符合事实的，因为事实上不成文宪法完全可以包括成文的宪法性文件（如英国宪法）。
2. 刚性宪法和柔性宪法，也由英国学者 J. 蒲莱士最早提出。刚性宪法与柔性宪法的区别在于宪法制定和修改的“机关和程序”是否与一般法律相同，包括三种情形：①机关不同（有特设的机关）；②程序不同（程序更严格）；③机关与程序都不同。世界上的柔性宪法国家只占极少数，重点掌握英国既是柔性宪法国家，又是不成文宪法国家。
3. 钦定宪法、民定宪法和协定宪法，这是以制定宪法的机关为标准对宪法所作的分类。对是否民定宪法的判断关键看国家的政体，换言之，一个国家只要不是君主国，其宪法就是



民定宪法；钦定宪法和协定宪法之区别则在于宪法是否是纯粹君主意志的体现，或者说是否掺入了民意。对于司法考试，读者应掌握以下几种宪法的定性：

(1) 1814 年法国国王路易十八颁布的宪法、1848 年意大利萨丁尼亚王亚尔培颁布的宪法、1889 年日本明治天皇颁布的宪法和 1908 年中国清政府颁布的《钦定宪法大纲》是钦定宪法的典型。

(2) 1215 年英国的《自由大宪章》、法国 1830 年宪法是协定宪法的典型。

4. 马克思主义宪法的分类易掌握，读者可参见上表。

真题演练

(2006 - 1 - 10)^① 根据宪法制定的机关不同，可以把宪法分为民定宪法、钦定宪法和协定宪法。下列哪一部宪法是协定宪法？

- A. 1830 年法国宪法
- B. 1779 年美国《联邦条例》
- C. 1889 年日本宪法
- D. 1919 年德国魏玛宪法

考点五 宪法的发展历史

法学理论

- ★★★英国宪法
- ★★★美国宪法
- ★法国宪法
- ★德国宪法
- ★★苏俄宪法
- ★★★中国宪法

考点解析

	重要的宪法文本	特点和地位
英国	1215 年《自由大宪章》、1628 年《权利请愿书》、1679 年《人身保护法》、1689 年《权利法案》、1701 年《王位继承法》等	①是不成文宪法和柔性宪法的代表；②不具有根本法的形式特征；③保留部分旧制度、旧法律
美国	1776 年《独立宣言》、1779 年《邦联条例》、1787 年《联邦宪法》、1791 年《权利法案》等 27 条宪法修正案	①地位：1787 年美国宪法是世界首部成文宪法；②确立彻底的共和制、明确三权分立；③历史贡献：创造宪法修正案；④宪法解释和宪法惯例对宪法发展也起重要作用

① A。识记题，首先排除 B 和 D，因两者均为民主国，日本明治宪法制定时期主权在君，为钦定宪法，故选 A。

(续表)

	重要的宪法文本	特点和地位
法国	1789 年《人权与公民权利宣言》、1791 年宪法、1793 年宪法、1795 年宪法、1799 年宪法……1958 年第五共和国宪法	①地位：1791 年法国宪法是欧洲第一部成文宪法；②充分贯彻了资产阶级的宪法要求；③经历了宣布宪法原则—君主立宪—共和立宪的过程；④深受启蒙思想的影响
德国	1871 年《德意志帝国宪法》、1919 年《魏玛宪法》、1949 年《联邦德国基本法》	①魏玛宪法是第一部现代宪法；②它第一次规定了公共福利制度；③它第一次规定了国家文化制度（此部分可与外国法制史相应内容比较复习）
苏俄	1918 年《苏俄宪法》	①是第一部社会主义宪法；②第一次系统规定了经济制度；③使宪法成为世界文化现象
中国	1908 年《钦定宪法大纲》、1911 年《重大信条十九条》、1912 年《中华民国临时约法》、1949 年《政协共同纲领》、1954 年、1975 年、1978 年（1979 年、1980 年修改）、1982 年宪法（1988 年、1993 年、1999 年、2004 年四次修正）	①旧中国：1908 年《钦定宪法大纲》是中国历史上第一个宪法性文件，1911 年《重大信条十九条》是清政府最后一部宪法性文件，1912 年《中华民国临时约法》是我国唯一的一部资产阶级共和国性质的宪法性文件；②《中国人民政治协商会议共同纲领》是新民主主义的临时宪法；③我国宪法于 1954 年由第一届全国人大第一次会议所制定，此后的历部宪法只是对 1954 年宪法的修改

（一）英国宪法

1. 特点和地位

（1）英国宪法既是不成文宪法，又是柔性宪法。

（2）英国宪法不具有根本法的形式特征。

（3）英国宪法保留了部分王权制度和旧法律。

2. 重要的宪法文本

1628 年的《权利请愿书》、1679 年的《人身保护法》、1689 年的《权利法案》、1701 年的《王位继承法》。

注意：英国宪法的发展经历了产生（从内战到“光荣革命”）、自由资本主义和帝国主义（现状）三个历史阶段。自由资本主义阶段和帝国主义阶段的区别在于：①权力从议会到内阁：“议会至上”的宪法原则逐渐被消解，议会衰落，内阁取而代之成为国家权力的核心；②政党从兴起到把持：政党制兴起后，经过历史的发酵，最后形成了政党对政治的把持。英国革命的不彻底性和妥协性是理解英国宪法种种特性（不成文、柔性、形式、保守等）的钥匙。

（二）美国宪法

1. 特点和地位

（1）地位：1787 年美国宪法是世界上首部成文宪法，但没有规定公民基本权利。

（2）美国宪法最先确立了彻底的共和制、三权分立原则。

（3）美国宪法的历史贡献是创造了宪法修正案这一宪法发展的方式。

（4）美国宪法的发展，是通过宪法修正案、宪法解释和创设宪法惯例等方式实现的。

2. 重要的宪法文本

1776 年的《独立宣言》、1779 年的《邦联条例》、1787 年的《联邦宪法》、1791 年的《权利法案》等 27 条宪法修正案。





- 《独立宣言》：北美殖民地宣布脱离英国，成立了十三个共和国；
- 《邦联条例》：形成了一个较为松散的国家联盟；
- 《联邦宪法》：建立了一个能有效协调国内各种关系的国家；
- 《权利法案》：性质是宪法修正案，规定了公民的基本权利。

（三）法国宪法

1. 特点和地位

- (1) 1791 年法国宪法是欧洲大陆第一部成文宪法。
- (2) 法国宪法充分贯彻了资产阶级革命的宪法要求。
- (3) 法国宪法经历了宣布宪法原则—君主立宪—共和立宪的历史过程。
- (4) 法国宪法深受启蒙思想的影响，有深厚的思想基础。

2. 重要的宪法文本

1789 年的《人权与公民权利宣言》、1791 年宪法、1793 年宪法、1795 年宪法、1799 年宪法、1958 年第五共和国宪法。

（四）德国宪法（结合外国法制史相关内容）

1. 特点和地位

- (1) 魏玛宪法是世界上第一部现代宪法。
- (2) 魏玛宪法第一次规定了公共福利制度，是社会立法和劳工立法的先导。
- (3) 魏玛宪法第一次规定了国家文化制度。

2. 重要的宪法文本

1871 年的《德意志帝国宪法》、1919 年的《魏玛宪法》、1949 年的《联邦德国基本法》。

（五）苏俄宪法

1. 特点和地位

- (1) 它是世界历史上第一部社会主义宪法，使宪法成为无产阶级实现民主和组织国家政权的根本法。
- (2) 它第一次系统规定了经济制度，扩大了宪法的调整范围，使宪法由传统的政治领域进入到社会经济生活领域。
- (3) 它使宪法突破了西方文化的范围，开始成为世界文化现象。

2. 重要的宪法文本

1918 年的《苏俄宪法》是世界第一部社会主义宪法。

（六）中国宪法

中国宪法是重中之重，分为旧中国宪法、新中国宪法和现行宪法三个历史阶段。

1. 旧中国宪法掌握三个宪法性文件及其地位。《钦定宪法大纲》是中国历史上第一个宪法性文件；《重大信条十九条》是清朝政府最后一部宪法性文件；《中华民国临时约法》是中国历史上唯一的一部资产阶级共和国性质的宪法性文件。

2. 新中国宪法包括一个新民主主义性质的临时宪法——1949 年的《中国人民政治协商会议共同纲领》、四部正式宪法——1954 年宪法、1975 年宪法、1978 年宪法和 1982 年宪法（即现行宪法）和现行宪法的四个修正案。

3. 现行宪法四次修正——1988 年、1993 年、1999 年和 2004 年。

以上是我国宪法发展一个宏观的历史脉络。由于现行宪法四次修正的情况比较复杂，下文另行总结。

真题演练

1. (2005 - 1 - 94)① 下列有关中国宪法发展史的表述，何者为正确？
- A. 《中华民国临时约法》是中国历史上唯一的一部资产阶级共和国性质的宪法性文件
- B. 1949 年《中国人民政治协商会议共同纲领》是中国历史上的第一部社会主义类型的宪法
- C. 1982 年宪法是中华人民共和国成立后制定的第三部宪法
- D. 《钦定宪法大纲》是中国历史上的第一部宪法性文件
2. (2008 - 1 - 13)② 下列哪一个法律文件是中国近现代历史上第一部宪法性文件？
- A. 《重大信条十九条》
- B. 《钦定宪法大纲》
- C. 《中华民国约法》
- D. 《中华苏维埃共和国宪法大纲》

考点六 我国现行宪法的四次修正（宪法修正案）

法学理论

- ★★1988 年宪法修正案的独特内容
- ★★★1993 年宪法修正案的独特内容
- ★★★1999 年宪法修正案的独特内容
- ★★★2004 年宪法修正案的独特内容

考点解析

内容	1988 年	1993 年	1999 年	2004 年
思想			加入邓小平理论	加入“三个代表”
国家发展道路		“正处于社会主义初级阶段”，“建设有中国特色社会主义”，“坚持改革开放”	“将长期处于社会主义初级阶段”，“沿着建设有中国特色社会主义的道路”	“沿着中国特色社会主义道路”，“推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展”
基本经济制度		“国家实行社会主义市场经济”，“加强经济立法，完善宏观调控”	“发展社会主义市场经济”“坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”	“公民合法的私有财产不受侵犯”，“保护公民的私有财产权和继承权”，“国家为公共利益需要可依法对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”

① AD。《中国人民政治协商会议共同纲领》是新民主主义性质的临时宪法，故 B 错，1982 年宪法是新中国成立后的第四部宪法，故 C 错。AD 对。

② B。识记题。

(续表)

内容	1988 年	1993 年	1999 年	2004 年
思想			加入邓小平理论	加入“三个代表”
农村集体经济		确立农村家庭联产承包为主的责任制	农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制	
非公有制经济	国家允许私营经济在法律规定范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理		个体经济、私营经济等非公有制经济是社会主义市场经济重要组成部分。国家保护个体经济、私营经济合法权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理	国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理
土地制度	土地使用权可依法转让			土地征收征用要给予补偿（国家补偿制度）
人权法治			实行依法治国，建设社会主义法治国家	国家尊重和保障人权
人大制度		县级人大任期由 3 年改为 5 年		增加特别行政区的代表；乡镇人大任期也改为 5 年
统一战线		多党合作和政治协商制度将长期存在发展		其构成中增加“社会主义事业的建设者”
其他修改		“国营”改为“国有”	“反革命活动”改为“危害国家安全的犯罪活动”	“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”，“戒严”改“紧急状态”，国家主席职权增加“进行国事活动”，规定国歌

四次修正案每年必考，以点多、难记、题偏著称，乍看令人望而生畏，实则有形而上之道可循，这就是每次的修正案都有不同于其他修正案的独特内容。读者如能结合上表掌握住四次修正案的这些独特内容，对付考试应该不在话下。

1. 1988 年宪法修正案的独特内容

1988 年修正案的独特内容一是私营经济，二是土地使用权。

(1) 私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理。

需要指出的是，我国的历次宪法修正案中，只有 1988 年修正案单独提到私营经济，当时还没有非公有制经济的提法，这是与 1999 年和 2004 年修正案的区别；从国家的政策来看，对非公有制经济，只有 2004 年修正案有“鼓励”，之前都是监管型政策，即“引导、监督和管理”。下面以表格形式进行了归纳。





修正案	1988 年	1999 年	2004 年
对象	私营经济	个体经济、私营经济等非公有制经济	个体经济、私营经济等非公有制经济
地位	补充	重要组成部分	
政策	对私营经济实行引导、监督和管理	对个体经济、私营经济引导、监督和管理	鼓励、支持和引导非公经济，并对非公经济实行监督和管理

(2) 土地使用权可以依法转让。

2. 1993 年宪法修正案的独特内容

1993 年宪法修正案的独特内容可以概括为十二个字：正处、调控、联产、县五、多党、国有。依序分别指：

(1) 1993 年修正案与 1999 年修正案都涉及社会主义初级阶段理论和社会主义市场经济，但 1993 年修正案的提法是我国“正处于”初级阶段和“实行”社会主义市场经济，而 1999 年修正案则是“将长期处于”初级阶段和“发展”社会主义市场经济；

(2) 宏观调控是 1993 年修正案的独家内容，其余几次修正案则无此规定；

(3) 确立农村家庭联产承包为主的责任制。实则“包产到户”的宪法表述，此前农村还是集体经济，这个规定大大解放了生产力，但是过度的分散也有不利，于是 1999 年修正案补充了统分结合的双层经营体制；

(4) 1993 年县级以上人大任期改为 5 年，与 2004 年乡镇人大任期改为 5 年对比记忆；

(5) 统一战线部分增加了“多党合作和政治协商制度将长期发展”；

(6) 1993 年修正案改“国营”为“国有”，反映了当时市场经济理论的成熟，所有权和经营权分离的思想在宪法中得到了反映。

3. 1999 年宪法修正案的独特内容

1999 年宪法修正案的独特内容可以概括为：邓论发展所有制、按劳分配农双层、非公入宪仍监管、依法治国改国安。依序分别指：邓小平理论入宪、发展社会主义市场经济、以公有制为主体的所有制结构、按劳分配为主的分配制、农村统分结合的双层经营体制、非公经济概念入宪但仍实行监管政策、依法治国入宪、改反革命罪为危害国家安全罪。

注意国家对非公经济的政策除了 2004 年修正案是“鼓励+监管”型政策之外，都是监管型。邓小平理论、分配制度、双层经营、依法治国、国安罪是 1999 修正案的独有内容。

4. 2004 年宪法修正案的独特内容

2004 年宪法修正案的独特内容可以概括为：两三、两改、两增、两保、三国、统战。

两三：三个“代表”、三个文明；

两改：乡镇人大每届任期由 3 年改为 5 年、戒严改为进入紧急状态；

两增：人权入宪、社会保障入宪；

两保：保护公民私产、保护非公经济；

三国：国家补偿制度、主席职权增加“进行国事活动”、规定国歌；

统战：包括两层含义，一为经济统战——对非公经济实行鼓励型政策；二为政治统战——统一战线构成中增加“社会主义事业的建设者”。

总的来说，1999 年和 2004 年修正案内容相对较多，应当重点掌握，然后和其他两个修正案略加对比复习即可做到对本考点“全面、准确”的掌握。

真题演练

1. (2002 - 1 - 39)① 1999 年九届全国人大通过的宪法修正案对我国宪法作了重要修改, 下列哪些内容是这一修正案包括的主要内容?
 - A. 明确把“发展社会主义市场经济”写进宪法
 - B. 明确把“依法治国, 建设社会主义法治国家”写进宪法
 - C. 明确规定“国家加强立法, 完善宏观调控”
 - D. 明确规定“国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益”
2. (2007 - 1 - 64)② 根据宪法和法律的规定, 下列哪些选项是错误的?
 - A. 2004 年宪法修正案明确规定“非公有制经济的从业人员”是“我国社会主义事业的建设者”
 - B. 1999 年宪法修正案明确规定非公有制经济是社会主义市场经济的组成部分
 - C. 1999 年宪法修正案将国家保障公民的合法的私有财产权神圣不可侵犯写进宪法
 - D. 1988 年宪法修正案明确规定集体土地所有权可以依法出租或者转让
3. (2009 - 1 - 60)③ 关于我国《宪法》的修改, 下列哪些选项是正确的?
 - A. 1954 年《宪法》明确规定了宪法修改的提案主体
 - B. 1982 年《宪法》是对 1954 年《宪法》的全面修改
 - C. 我国现行宪法共进行了四次修改, 通过了 31 条宪法修正案
 - D. “国家尊重和保障人权”是 2004 年《宪法修正案》规定的内容

考点七 宪法在建设社会主义法治国家中的作用

法学理论

★ 宪法的一般功能

★★ 宪法在社会主义法治国家建设中的作用

考点解析

1. 宪法的一般功能

宪法功能指的是宪法在社会生活中的实际效果, 宪法发挥功能的前提是具备正当性。宪法的一般功能如下。

(1) 确认功能。宪法作为根本法, 首先具有确认功能, 具体表现为四个方面: ① 确认宪法赖以存在的经济基础。② 确认国家权力的归属, 使统治阶级的统治地位得以合法化。③ 确认法制统一原则, 为法律体系的有机统一和协调发展提供统一的基础。④ 确认社会共

① ABD。1999 年修正案内容。“邓论发展所有制”, 知 A 对, “依法治国改国安”, 知 B 对, “非公入宪仍监管”, 知 D 对, 宏观调控是 1993 修正案独有内容, 知 C 错。

② ACD。本题综合性较强, 考查识记能力。A 项错在无中生有, 2004 年修正案虽然在爱国统一战线中增加规定了社会主义事业的建设者, 但并未规定“非公有制经济的从业人员”就是“我国社会主义事业的建设者”。C 和 D 错误比较明显, 都是历次修正案没有规定的内容。

③ CD。对宪法修改的提案主体是 1982 年宪法首次规定的, 故 A 错。1982 年《宪法》是对 1978 年《宪法》的全面修改, 故 B 错。





同体的基本价值目标与原则，为社会共同体的发展提供共同遵循的价值体系。以上四个方面可总结为对“经济、政权、法制、价值”的确认。

(2) 保障功能。宪法的保障功能表现在两个方面：①宪法保障民主制度，否则，民主制度就不能转化为具有国家意志的国家制度。②宪法保障人权的发展。在宪法的保障功能中，人权保障是最核心的命题和原则。

(3) 限制功能。宪法的限制功能表现在对国家权力行使的原则与程序的限制，确定所有公权力活动的界限。限制功能与对人权的保障功能存在密切联系，前者是后者必要的基础。

(4) 协调功能。宪法的协调功能表现为宪法在运行过程中解决大量的利益冲突与矛盾，合理协调不同主体之间的利益关系，为建立社会和谐与稳定提供统一的思想基础。具体来说，又包括两个相互联系的方面：①以合理的机制平衡利益，寻求多数社会成员普遍认可的规则。②为保护少数人利益，宪法规定了相应的救济制度。

2. 宪法在社会主义法治国家建设中的作用

(1) 宪法在立法中的作用：①宪法确立了社会主义法律体系的基本目标。②宪法确立了立法的统一基础。③合理的法律体系的建立是实现宪法的基本形式之一。④宪法规定了解决法律体系内部冲突的基本机制。⑤宪法是立法体制发展和完善的基础与依据。

(2) 宪法在执法中的作用：①宪法是执法的原则与基础。②宪法在执法中的作用表现为对特定法律人宪法意识的培养。

(3) 宪法在司法中的作用：①宪法是审判权和检察权的来源，是人民法院和人民检察院活动的基本准则。②宪法和法律规定了司法进行活动的基本原则。③法官和检察官的宪法意识对法治的发展产生重要影响。

(4) 宪法在守法过程中的作用：认真遵守宪法、树立宪法意识是提高守法意识的重要内容。

第二讲 宪法的变迁

【本讲概要】 本讲主要从动态的角度分析了宪法的变迁，亦即宪法的运动过程。宪法的变迁不是孤立的，而是根源于宪法所处的社会环境，也就是说，社会的变迁是宪法变迁的决定力量。本讲内容包括宪法的制定、解释和修改，宪法的渊源，宪法典的结构，宪法规范，宪法效力，宪法实施保障等，以宪法的制定、解释和修改，宪法的渊源，宪法实施保障为重点。

考点一 宪法的制定

法学理论

- ★制宪权、制宪主体
- ★★制宪主体、制宪机关和宪法起草机构的关系

考点解析

1. 制宪权、制宪主体

	制宪主体	制宪机关	宪法起草机构
含义	国家主权者，根据人民主权，由人民通过间接民主形式行使制宪权	制宪会议或其他民意机关	宪法起草委员会，起草小组等

制宪权是一种创制宪法以创造国家，进而创造国家权力的权力，它是高于现实、先于法治的政治判断，其功能在于将原始的、政治的最高决定权从法律上表现出来。换言之，要理解制宪，首先要将宪法的成立和宪法的制定进行区分。宪法成立意味着政治社会共同体的形成，首先是一种政治社会的现象，诞生于法治社会之前，不一定有规范性的宪法文件，为了使这种政治事实具有法的意义，成为法治社会的现象，才需要制定法律意义上的宪法文本，由此产生了制宪权。因此，制宪权在逻辑上先于国家，是不以国家和国家权力的现实存在为前提的本源性权力。

制宪主体是人民。在民主国家，根据人民主权原则，制宪权只能属于人民，从而使得制宪能够为宪政提供合法性的价值基础。制宪权源于古希腊、罗马的法治思想和中世纪的根本法思想，最早提出制宪权概念及其理论体系的是法国的西哀耶士。

西哀耶士名言：如果我们没有宪法，那就必须制定一部：唯有国民拥有制宪权。

（注：此句指向“人民是制宪的主体”。）

2. 制宪主体、制宪机关和宪法起草机构的关系

（1）制宪主体通过制宪机关间接行使制宪权。制宪主体是人民，人民行使制宪权可以直接投票（如全民公决），但现实中更多的是通过选举等民主过程，成立各种形式的制宪

机关，如制宪会议、立宪会议等来间接行使制宪权。人民是通过制宪机关来行使制宪权的，制宪机关因民意的委托而具有政治上的合法性，这就是制宪主体和制宪机关的关系。

(2) 制宪机关不同于宪法起草机构：前者是权力机关，由选举产生，因而具有广泛的民意基础，能独立行使制宪权，有权批准通过宪法，而且往往是常设的，在完成制宪使命后转而行使修宪的权力；后者是具体工作机关，主要由任命等方式产生，注重来源的广泛性，不能独立行使制宪权，无权批准通过宪法，而且往往是临时的，起草任务结束后便解散。

真题演练

(2006 - 1 - 9)① 按照宪法的理论，制宪主体不同于制宪机关。下列关于我国宪法的制宪主体或制宪机关的哪一表述是正确的？

- A. 全国人民代表大会和地方各级人民代表大会是我国的制宪主体
- B. 全国人民代表大会是我国的制宪主体，全国人民代表大会常务委员会是我国的制宪机关
- C. 全国人民代表大会是我国的制宪机关，宪法起草委员会是它的具体工作机关
- D. 第一届全国人民代表大会第一次全体会议是我国的制宪机关

考点二 宪法的渊源与宪法的结构

法学理论

- ★★宪法的渊源：宪法典、宪法性法律、宪法惯例、宪法判例、国际条约和国际习惯
- ★★我国宪法的渊源
- ★宪法结构

考点解析

宪法典	宪法性法律	宪法惯例	宪法判例	国际条约和国际习惯
成文宪法国家	成文宪法国家既有根本法意义上的宪法，又有部门法意义上的宪法；不成文宪法国家则只有后者	无具体法律形式；内容是宪法的调整对象；不依靠国家强制力保障	普通法国家的判例；某些成文法国家法院解释宪法而作出的判决	其宪法上的效力取决于各个国家的参与和认可

(一) 宪法渊源的概念和类别

宪法渊源即宪法的表现形式，是从部门法意义上而言的。一国或一国不同历史时期的宪法究竟采取什么渊源形式取决于其本国历史传统和现实政治状况等综合因素。

世界各国宪法的渊源主要如下。

1. 宪法典，是指将一国最根本、最重要的问题由一种有逻辑、有系统的法律文书加



① D. 此题考查制宪权主体和制宪机关的区别。



以明确规定而形成的宪法。宪法典是绝大多数国家采用的形式。

2. 宪法性法律,是指一国宪法的基本内容不是统一规定在一部法律文书之中,而是由多部法律文书表现出来。宪法性法律主要有两种情况:

(1) 在不成文宪法国家中,由多部单行法律来规定宪法内容,调整宪法关系。其特点是宪法性法律的制定和修改的机关、程序与普通法律相同。故在这类国家,不存在根本法意义上的宪法,所有的宪法都只是在部门法意义上存在。此时的“宪法性法律”外延包括了所有规定宪法内容、调整宪法关系的法律。英国是典型。

(2) 在成文宪法国家中,在部门法意义上,除了宪法典之外,还存在一些同样规定宪法内容、调整宪法关系的法律,如组织法、选举法、立法法等。此时的“宪法性法律”外延不包括宪法典,而仅指这些宪法典之外,规定宪法内容、调整宪法关系的法律。因此,要确定宪法性法律的外延,必须先明确其所在国家的宪法类型。从法律效力的位阶来说,在成文宪法国家中,宪法典具有最高法律效力,是根本法意义上的宪法;而宪法性法律的制定和修改的机关、程序与普通法律并无不同,不具有最高法律效力,仅仅是部门法意义上的宪法。故简言之,成文宪法国家既有根本法意义上的宪法,又有部门法意义上的宪法。

我国存在大量的宪法性法律,如《立法法》、《国旗法》、《选举法》等。

3. 宪法惯例是指宪法条文无明确规定,但在实际政治生活中存在,与宪法具有同等效力的习惯或传统。其特征有三:

(1) 它没有具体的法律形式,其内容不明确规定于宪法典或宪法性法律之中,而是散见于宪法实践之中;

(2) 它的内容涉及国家的根本制度、公民的基本权利和义务等最根本、最重要的问题,因而不是一般的法律惯例,而是宪法惯例;

(3) 它主要依靠公众舆论而不是国家强制力来保证其实施。

4. 宪法判例是指宪法条文无明文规定,而由司法机关在审判实践中逐渐形成并具有宪法效力的判例。

在普通法系国家,宪法判例是宪法渊源之一。在有的成文宪法国家,其法院在具体案件中基于对宪法的解释而作出的判决对下级法院也有约束力,成为宪法渊源。但在我国,宪法判例不是宪法渊源。

5. 国际条约和国际习惯:国际条约是国际法主体之间就权利义务关系缔结的一种书面协议,而国际习惯则指各国在相互交往中形成的一种有法律约束力的行为规则。国际条约和国际习惯是国际法的主要渊源,但能否成为一国的宪法渊源,则取决于一个国家的参与和认可。

就中国而言,如果我国参与或承认的国际条约规定了宪法问题(如全国人大常委会批准的《经济、社会和文化权利国际公约》),则该条约就是宪法渊源。

(二) 我国的宪法渊源

我国的宪法渊源包括宪法典及其修正案、宪法性法律、宪法惯例、宪法解释、国际条约。由于我国不适用判例法,宪法判例不是我国的宪法渊源。

(三) 宪法结构

1. 宪法结构的概念

宪法结构是指一部宪法是怎样构成的,是宪法内容的组织和排列形式,实际上是指宪



法典形式上的排列问题。由于不成文宪法往往由不同历史时期的宪法性法律、宪法判例和宪法惯例组成，无所谓严格的结构问题，因而宪法结构主要是就成文宪法典而言的。

2. 一般宪法结构

世界各国宪法典的结构一般包括序言、正文、附则三大部分。

(1) 序言：指写在宪法条文前面的陈述性表述，以表达本国宪法发展的历史、国家的基本政策和发展方向等，其内容可以是多种多样的，基本特点是体现了宪法的基本理念与精神，有助于人们从整体上把握宪法的内容和基本精神。

需要注意的是，宪法序言，包括我国的宪法序言，是整部宪法不可分割的组成部分，具有与宪法正文同等的法律效力。

(2) 正文：宪法正文是宪法典的主要部分，具体规定宪法基本制度和权力体系的安排，其基本内容一般包括：国家和社会生活诸方面的基本原则、公民基本权利和义务、国家机构、国家标志（国旗、国歌、国徽和首都）。

(3) 附则：指宪法典中规定特定事项的附加条款。附则也是宪法不可分割的一部分，其法律效力与一般条文相同，但也有自身的两大特点：一是特定性，即只对特定条文或事项适用，超出适用范围则无效；二是临时性，即有的附则只在特定的期间内或者特定条件下有效，一旦期限届满或条件消失，其效力应当自然终止。

3. 我国现行宪法

我国现行宪法由“序言”、“第一章总纲”、“第二章公民的基本权利和义务”、“第三章国家机构”和“第四章国旗、国歌、国徽、首都”构成，“总纲”、“公民的基本权利和义务”、“国家机构”和“国旗、国歌、国徽、首都”均为正文，故我国现行宪法只有序言和正文两部分，不存在“附则”。

注意我国宪法序言的效力与正文是完全相同的，显见的原因就是我国宪法序言中规定了“宪法是国家的根本法，具有最高的法律效力”，如果认为宪法序言本身没有法律效力，将是难以自圆其说的。

真题演练

1. (2007-1-59)^① 下列哪些选项属于我国宪法的渊源？

- A. 中华人民共和国现行宪法及其修正案
- B. 中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法
- C. 中华人民共和国立法法
- D. 宪法判例

2. (2008-1-12)^② 关于我国 1982 年《宪法》的结构，下列哪一选项是正确的？

- A. 这部宪法只有正文
- B. 这部宪法由序言和正文构成
- C. 这部宪法由序言、正文和附则构成
- D. 国旗、国徽、国歌和首都规定在这部宪法的附则中

^① ABC。宪法判例不是我国宪法渊源。

^② B。识记题。

考点三 宪法规范

法学理论

- ★ 确认性规范
- ★ 禁止性规范
- ★★ 权利性规范与义务性规范
- ★★ 程序性规范

考点解析

宪法规范是法律规范的一种，具有与其他法律规范相同的特征，但又有自己的特殊性，是由民主制国家制定或认可的、宪法主体参与国家和社会生活最基本社会关系的行为规范。宪法规范的主要特点是：根本性、最高权威性、原则性、纲领性和相对稳定性。对于宪法规范的概念和特征，一般了解即可，相对重要的是宪法规范分类。

根据宪法规范的性质与调整形式，一般将宪法规范分为以下几种。

1. 确认性规范

(1) 概念：是对已经存在的事实的认定，其主要意义在于依据一定原则和程序，确立具体宪法制度和权利关系，以肯定性规范的存在为其主要特征。

(2) 确认性规范根据其作用的特点，又可分为宣言性规范、调整性规范、组织性规范、授权性规范等形式。调整性规范主要涉及国家基本政策的调整，组织性规范主要涉及国家政权机构的建立与具体的职权范围等。

2. 禁止性规范

(1) 概念：又称为强行性规范，是指对特定主体或行为的一种限制，集中表现了宪法的法的属性。

(2) 主要表现为“不得”、“禁止”等形式，但也包括对某种行为的要求，如人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件，应当分工负责、互相配合、互相制约，以保证准确有效地执行法律。

3. 权利规范与义务规范

(1) 概念：在调整公民基本权利与义务的过程中形成，同时为行使权利与履行义务提供依据。

(2) 三种形式：一是权利性规范，赋予特定主体权利，使之具有权利主体资格。二是义务性规范，集中表现在公民应履行的义务。三是宪法中的权利性规范与义务性规范相互结合。

(3) 权利性规范与保障性规范相互结合。特定的宪法规范既是对权利的保障，又是对特定国家行为的一种限制。权利性规范在宪法规范体系中占有重要地位，它是我们认识宪法与社会、宪法与国家、宪法与公民相互关系的基础的出发点。

4. 程序性规范

(1) 概念：它是具体规定宪法制度运行过程的程序，主要涉及国家机关活动程序方面的内容。





(2) 表现形式：一是直接的程序性规范，对有关行为的程序做了具体规定；二是间接的程序性规范，即对程序性规范不作具体规定，而通过法律保留的形式规定具体程序。例如，法律的具体制定程序、国家机关领导人的具体选举程序等宪法只作原则性的规定，具体程序由部门法规定。

需要注意的是，就特定国家宪法典而言，宪法规范的种类是相互交叉的，很少以一种规范形式存在。

真题演练

(四川 2008 - 1 - 39)^① 关于《宪法》对自然人的适用效力，下列哪一选项是错误的？

- A. 我国宪法适用于一切拥有中国国籍的人
- B. 对于因出生取得国籍的确定，我国采取出生地主义和血统主义相结合的原则
- C. 侨居在国外的华侨受中国宪法的保护
- D. 宪法也同等适用于居住在中国境内的外国人

考点四 宪法效力

法学理论

- ★★ 宪法效力的概念
- ★★ 宪法效力的表现
- ★ 宪法与条约

考点解析

1. 宪法效力的概念

(1) 所谓宪法效力，是指宪法作为法律规范所发挥的约束力与强制性。我国宪法序言明确了宪法效力的最高性。

(2) 宪法之所以具有最高法律效力，因为宪法具有正当性基础，即宪法是社会共同体的基本规则，是社会多数人共同意志的最高体现。正当性基础包括：①宪法制定权来源的正当性。指国家权力是否具有政治学意义上的合法性。②宪法规定内容的合理性。指宪法规定的内容要正确反映一国的实际情况，包括一定的客观性与普遍性，也包括民众、时代与历史经验的要求。③宪法程序的正当性。指程序的完备对宪法内容的实现顺利与否产生不可忽视的影响。

2. 宪法效力的表现

(1) 宪法效力的特点是最高性与直接性。宪法效力的最高性是指在整个法律体系中宪法效力是最高的。宪法效力的直接性是指宪法对立法行为与依据宪法进行的各种行为产生直接的约束力。

(2) 宪法对人的适用：①宪法效力适用于所有中国公民，不管其生活在国内还是国外，侨居在国外的华侨也受中国宪法的保护。②外国人和法人在一定条件下成为基本权利

^① D. 宪法只是在享有基本权利的范围适用于外国人，有的宪法规范是不适用于外国人的，例如选举权，而且我国宪法视外国对中国公民是否给予同等保护，采取同等措施。



主体,在享有基本权利的范围内,宪法效力也适用于外国人和法人的活动。

(3) 宪法对领土的效力:①领土包括一国的陆地、河流、湖泊、内海、领海以及他们的底床、底土和上空(领空),是主权国家管辖的国家全部疆域。领土是国家的构成要素之一,是国家行使主权的空间,也是行使主权的对象。②宪法在整体上对其领土具有空间效力。宪法是一个整体,具有主权意义上的不可分割性。领土条款是宪法效力的重要表现,任何一个主权国家的宪法对其国土的所有领域都具有空间效力,这是主权的唯一性和不可分割性所决定的,也是宪法的根本法地位所决定的。③宪法在不同领域的适用上可以有所差异。这是因为宪法本身的复杂性和价值的多元性,例如在不同的经济形态之间,在普通行政区和民族自治地方之间宪法效力可以有所差别,但是这种区别绝不是说宪法在某些区域有效力而有些区域没有效力。④我国宪法的空间效力及于包括台湾地区在内的所有中国领土。

3. 宪法与条约

(1) 在宪法与条约的关系上,各国的规定不尽相同。

(2) 我国现行宪法文本没有对宪法与条约的关系作出具体规定,但从宪法序言中可以看出其基本的原则,即我国以和平共处五项原则为基础,发展同各国的外交关系和经济、文化的交流。

考点五 宪法解释

重点法条

《宪法》

第六十七条 全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:

解释宪法、监督宪法的实施;

.....

法学理论

★ 宪法解释概述

★★ 宪法解释的分类

★★ 正式解释的分类

考点解析

1. 宪法解释概述

(1) 宪法解释的概念和本质。宪法解释是指依据一定的标准或原则对宪法内容、含义及其界限所作的一种说明。宪法解释的本质是一种价值的判断和选择,因为它既要探究制宪者的本来意图,具有发现宪法的性质,同时也可能基于现实需要,认定原来没有规定的权利,有创造宪法的性质。

(2) 宪法解释的原则。就宪法解释的具体原则来说,主要有以下几项:依法解释原则;符合制宪目的原则;以宪法的根本精神和基本原则为指导原则;适应社会发展需要的原则;字面解释原则;整体解释原则。



(3) 宪法解释的方法。宪法解释的方法是指具体解释宪法的技术手段，主要是以下四种：①统一解释。统一解释是指对人们理解不一的宪法条文作出明确而统一说明的方法。②条理解释。条理解释是指为准确理解宪法条文的含义而根据文字含义、法理、先例、类推和上下文之间的关系等予以说明。③补充解释。补充解释是指宪法在规定过程中存在遗漏，而在实施中通过解释予以适当补充的方法。④扩大解释。扩大解释是指由于社会情况的变化、发展，使宪法的内容不能满足社会现实的需要，通过宪法解释扩大条文含义的方法。

2. 宪法解释的分类

依据宪法解释的主体性质和宪法解释的后果（是否具有法律效力）可将宪法解释分为正式解释和非正式解释两种。

正式解释又称有权解释，是由宪法授权的机关或宪法惯例认可的机关依据一定的标准或原则对宪法条文所作的具有法律效力的说明。

非正式解释又称无权解释，系指非特定的机关、团体和个人对宪法条文所作的说明，该说明不具有法律上的约束力。宪法的学理解释即是非正式解释的一种。非正式解释反映宪法主体对宪法的认识，对正式解释起到参考借鉴的作用。

3. 正式解释的分类

方 式	表 现	起 源
国家元首解释	实践中罕见	/
立法机关解释	主要是不成文宪法国家和社会主义国家	英国议会形成的传统
司法机关解释	为 60 多个国家所采用	美国马伯里诉麦迪逊案所确立
特设机关解释	具体表现为宪法法院、宪法委员会等	奥地利凯尔森提出设立宪法法院

正式解释依解释机关又可分为国家元首解释、立法机关解释、司法机关解释和特设机关解释。

(1) 国家元首解释，在实践中极为罕见，多与独裁的政治背景相联系。

(2) 立法机关解释源于英国，理论基础是议会至上的政治哲学。现在主要是不成文宪法国家和社会主义国家采用，《宪法》第 67 条第一项表明我国的宪法解释权属于全国人大常委会。

(3) 司法机关解释是司法机关按照司法程序解释宪法，一般是审理案件时附带性审查所适用的法律是否违宪。

(4) 特设机关解释，指国家设立特定机关专门负责宪法的解释，目的在于提高解释的质量，它与司法机关解释的区别，一是在于依据司法程序还是特定程序，二是在于附带性审查还是积极审查，它具体表现为宪法法院、宪法委员会等，奥地利的凯尔森最早提出设立宪法法院。

宪法解释和宪法修改都是为了解决宪法规范与社会变迁的冲突，但宪法解释主要因应正常的强度较小的社会冲突，在宪法规范的框架内即可解决，而宪法修改主要因应非正常的较为激烈的社会冲突，这种冲突已经突破了现有的宪法解释的极限，于是有修改宪法的必要，故宪法修改的程序比宪法解释严格得多，而宪法解释则更为频繁。

考点六 宪法修改

法学理论

- ★ 宪法修改的特点
- ★★ 宪法修改的基本原因
- ★★ 宪法修改的方式
- ★ 世界各国宪法修改的一般程序
- ★★ 我国宪法修改制度与历史

考点解析

修宪权是依托制宪权而派生出来的国家权力，如果说制宪权是政治的国家最高决定权的法律表现，那么修宪权就是“制度化的制宪权”，是常态化的制宪权。在国家权力的位阶上，它低于制宪权，应当受制宪权的约束，不得违背制宪权的基本精神和原则，然而它又高于立法权，因为它只以国家根本制度为对象，而立法权仅以国家一般制度为对象。根据人民主权原则，修宪权的主体是人民，修宪过程要反映人民的意志，遵循修宪的基本程序。修宪的原因往往是适应时代、社会变化的内在需求，因此修宪权既要以制宪权的基本精神和原则为界限，又要努力在这个边界之内努力地反映现实、适应变化。

1. 宪法修改的特点

- (1) 宪法修改机关是宪法授权的特定机关。
- (2) 宪法修改程序比一般法律更严格。
- (3) 宪法修改对象既包括宪法规范的内容，又包括宪法规范的形式。

2. 宪法修改的基本原因

- (1) 适应社会发展和变化。
- (2) 弥补宪法实施中的漏洞。

3. 宪法修改的方式

修改方式	含 义	举 例	运用情况
全面修改	修改宪法全文，以新代旧	1946 年日宪、1958 年法第五共和国宪法	正常情况下少运用
部分修改	增、删、改若干条款，不牵动其他	1982 年宪法的历次修改	运用得最多

(1) 全面修改。是指在原有宪法的基础上对宪法内容进行全面更新，实则以新宪法取代旧宪法。全面修改既涉及宪法基本原则和内容的调整，同时也涉及宪法结构的变更。全面修改一般是在国家政治、经济、文化生活等发生重大变化，以部分修改方式不能解决社会冲突时采用。全面修改分为实质意义的全面修改与形式意义的全面修改。前者指宪法既有量变又有质变，宪法的基本制度与基本秩序发生了实质性变化；后者仅指量变，宪法的实质内容没有发生改变。

(2) 部分修改。指对宪法原有的一些内容或特定条款加以改变、调整或增加若干新的





条款的修改方式。部分修改一般适用于社会发展处于正常状态之时。部分修改的方式包括修改条文、宪法修正案等。修改条文包括增减、修改文句等，修改以后一般重新颁布新的宪法文本。宪法修正案是指在不触动宪法原文的情况下，把依特定程序通过的修正内容按前后顺序分条附于原文之后。最早由美国宪法采用，通过宪法修正案以后，一般不变动宪法典的文本，而将修正案的内容附在原文后边，依序排列，当然，对一般读者来说，这样的排列方式读起来不太方便。

需要注意的是，全面修改和部分修改在起因上存在显著差异。全面修改的起因是宪法规范与社会现实发生非正常性的严重冲突，如立宪或修宪的指导思想错误、宪法的基本制度与社会现实尖锐矛盾等；部分修改的起因则是宪法规范与社会现实之间发生的正常冲突。

4. 世界各国宪法修改的一般程序

从各国宪法规定和宪政实践来看，宪法修改程序一般包括提案、先决投票、起草和公布修宪草案、通过和公布五个阶段，但这五个阶段并非是所有国家都必经之程序。

(1) 提案。多数国家采用政府与议会共同行使修宪提案权或者议会两院各自行使提案权的形式。根据我国《宪法》第64条，宪法的修改，由全国人大常委会或1/5以上的全国人大代表大会代表提议。

(2) 先决投票。指由有关机关表决，以决定是否将修正案的草案提交宪法修改机关审议。设立这一程序的目的在于决定宪法如何修改，而在于决定宪法应否修改。我国不存在这一程序。

(3) 起草和公布修宪草案。起草是指在决定宪法应该修改以后，由法定有权机关对决定修改的部分进行具体的草案拟定。设立这一程序的目的不是决定宪法应否修改，而是决定宪法条文应该如何修改。公布修宪草案是指起草工作基本结束以后，宪法修改机关审议通过前，依据宪法规定将宪法修正案的草案予以公布的修宪程序。

(4) 通过。通过程序是指宪法修改机关审议、表决、批准宪法修正案的程序。

(5) 公布。公布是修改宪法的最后程序，也是必经程序。宪法修正案只有公布以后，才能产生法律效力。

5. 我国宪法修改制度与历史

(1) 我国宪法修改的制度。根据现行宪法，我国的宪法修改制度包括三方面内容：①规定了修改机关是全国人民代表大会。②规定了宪法修改的提案主体是全国人大常委会或者1/5以上全国人大代表。③规定了通过程序，宪法的修改需要由全国人民代表大会全体代表的2/3以上多数通过。

此外，从现行宪法的四次修改来看，中共中央委员会的宪法修改建议对我国宪法修改制度和宪法修改实践具有重要意义。

(2) 我国宪法修改的历史。自1954年宪法制定以来，我国宪法经历了三次全面修改，六次部分修改。

三次全面修改：①1975年宪法全面修改了1954年宪法。②1978年宪法全面修改了1975年宪法。③1982年宪法全面修改了1978年宪法。

六次部分修改：①1979年第五届全国人大第二次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国宪法〉若干问题的决议》，对1978年宪法进行了部分修改。②1980年第五届全国人大第三次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国宪法〉第四十五条的决议》，对1978年

宪法再次进行了部分修改。③后四次部分修改分别于1988年、1993年、1999年和2004年以宪法修正案的形式进行，共通过了31条宪法修正案。

考点七 宪法实施保障

重点法条

《宪法》

第六十二条 全国人民代表大会行使下列职权：

- (一) 修改宪法；
- (二) 监督宪法的实施；
-

第六十七条 全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：

- (一) 解释宪法、监督宪法的实施；
-

法学理论

- ★★宪法实施保障的内容、体制和方式
- ★★我国宪法实施保障机制
- ★★违宪审查的概念和分类
- ★★★我国的违宪审查制度

考点解析

保障内容	规范的合宪性	保障法律、法规和法律性文件合宪
	行为的合宪性	保障国家机关及其工作人员、各政党、武装力量、社会团体、企事业、公民行为合宪
保障体制	司法机关保障	源自美国，马伯里诉麦迪逊案开创，通过具体案件的审理确定其所适用的法律是否合宪
	立法机关保障	源自英国，社会主义国家也大体如此，表现为宪法监督权
	专门机关保障	源自法国（护法元老院），包括德、韩等国，称宪法法院、宪法委员会等，日益受重视并可能成为主导，奥地利凯尔森最早提出设立宪法法院
保障方式	事先审查	在法律法规和法律性文件颁布实施前由有关机关进行合宪性审查，如法国
	事后审查	在法律法规和法律性文件颁布实施后由有关机关进行合宪性审查，如美国、德国
	附带性审查	司法机关审案时对所适用的法律法规和法律性文件进行合宪性审查，常以争讼为前提
	宪法控诉	公民宪法权利受害后向宪法法院等机构提出控诉，以存在相关机构和宪法诉讼为前提

宪法实施保障在一定意义上即宪法监督，是立宪国家为了促进宪法的贯彻落实而建立的制度和开展的活动的总称，包括政治保障、经济保障、思想意识保障、法律保障等。





（一）宪法实施保障的内容、体制和方式

1. 宪法实施保障的内容

（1）规范的合宪性保障，指保障法律、法规和法律性文件的合宪性。

（2）行为的合宪性保障，指保障国家机关及其工作人员、各政党、武装力量、社会团体、企事业单位和全体公民的行为的合宪性。

2. 宪法实施保障的体制

从世界范围看，宪法实施保障体制主要包括以下三种：

（1）司法机关负责保障：指普通法院在审理具体案件时，对该案审理所适用之法律，依据司法程序对其合宪性进行审查，法院有权拒绝适用违宪的规范性文件，但无权宣布撤销该规范性文件。此种保障体制源自美国，由1803年的马伯里诉麦迪逊案开创。

（2）立法机关负责保障：指立法机关依据议事程序和议事规则行使宪法监督权，有权对任何违反宪法的法律、法规及行政命令等规范性文件予以改变或撤销。英国是此种体制的典型，社会主义国家一般也实行这种宪法监督体制。

（3）专门机关负责保障：指国家特别成立一种机构按照特别程序审查规范性文件是否合宪，并有权予以撤销。起源于1799年法国宪法设立的护法元老院，主要形式为宪法法院（如德国）或宪法委员会（如法国）。专门机关保障是目前宪法保障体制发展的趋势。

3. 宪法实施保障的方式

（1）事先审查，又称预防性审查，是指在法律、法规等规范性文件尚未正式公布实施以前，由保障机关对其是否合宪所进行的审查。典型国家为法国。

（2）事后审查，就是在法律、法规等规范性文件生效后，因宪法纠纷而对该法律进行的合宪性审查。典型国家为美国和德国。

（3）附带性审查，是指司法机关在审理案件过程中，对该案件所适用的法律、法规等规范性文件所进行的合宪性审查。附带性审查以司法机关保障体制和违宪诉讼为前提。

（4）宪法控诉，是指公民个人有权就宪法所保障的基本权利受到侵害而向宪法法院提出控诉的一种制度，以存在相关的审判机构和违宪诉讼为前提。

（二）我国宪法实施保障机制

我国的宪法实施保障机制包括政治保障、法律保障、制度保障和依靠人民群众四个方面：

（1）政治保障：指中国共产党带头模范地遵守和执行宪法是宪法实施的政治保障。只有执政党带头模范地遵守和执行宪法，其他政党、组织和广大人民群众才会自觉地遵守和执行宪法。

（2）法律保障：指宪法自身的保障，如宪法宣告自己的根本法地位、自己最高的法律效力，以及严格复杂的修改程序等，就是宪法实施的法律保障。

（3）制度保障：我国属于立法机关实施宪法保障的模式，包括违宪审查和违法审查两个层次。违宪审查，即（严格意义的）宪法监督，是指特定机关对规范性法律文件和宪法行为的合宪性进行审查并作出合宪或违宪的判断，在我国，该权力由全国人大及其常委会行使（第62条、第67条）。违法审查是指特定机关对规范性法律文件的合法性进行审查并作出合法或违法的判断。在我国，该权力由各级人大及其常委会行使。



(4) 依靠人民群众：指依靠广大的人民群众监督各级国家机关、各企事业单位和社会团体及其工作人员实施宪法。

(三) 我国的违宪审查制度

1. 违宪审查的概念

违宪审查是指特定机关为保障宪法实施，对法律、法规和其他规范性文件，以及一切机关、组织和公民的行为进行审查，并对其是否违宪作出裁决的活动。其基本功能在于保证宪法的根本法地位、保证宪法秩序、保障公民的基本权利和自由等。

违宪审查与宪法实施保障相联系，是宪法实施保障中制度保障的一个方面，制度保障除了违宪审查之外，还包括宪法解释、宪法修改等，因此，违宪审查与宪法实施保障相比，是前者的一个下位概念。

违宪审查与宪法监督相联系，我国的宪法监督具有两种含义，一是制度意义上的宪法监督，这一意义上的宪法监督就是违宪审查；二是政治意义上的违宪审查，这一意义上的宪法监督并不具有严格的制度形态。

违宪审查（合宪性审查）与合法性审查相联系，合法性审查指对规范性法律文件的合法性进行审查，包括两个方面：下位法符合上位法、授权立法符合授权的范围、目的。违宪审查与合法性审查的区别在于：首先，在审查的顺序上，先审查规范性法律文件的合法性，后审查其合宪性。其次，在审查内容上，合法性审查主要审查规范性法律文件是否符合上位法，违宪性审查主要审查其是否符合宪法。再次，在审查主体上，违宪审查的主体是具有宪法解释权的特定国家机关，在实行司法审查制的国家，还包括普通法院，合法性审查的主体是具有法律解释权的特定国家机关，在大部分国家，普通法院也可以进行。但违宪审查和合法性审查也存在紧密联系，因为法律体系内部是有位阶的，对于下位法的合法性审查，最终必将追溯到合宪性审查。

2. 违宪审查的分类

(1) 立法的违宪审查和行为的违宪审查。依据违宪审查的对象是规范性法律文件还是宪法行为，可以将其分为立法的违宪审查和行为的违宪审查。立法的违宪审查指对规范性法律文件合宪性的审查。行为的违宪审查是指对特定主体（主要是国家机关，有的国家也包括政党）的行为是否合宪进行的审查。

(2) 抽象审查和具体审查。根据是否以存在具体的争议案件的存在为必要条件，可以将立法的违宪审查分为抽象审查和具体审查。抽象审查是指不以具体的争议案件的存在为前提，仅对规范性法律文件的合宪性进行的违宪审查。具体审查是指以存在具体的争议案件为前提，换言之，就是既审查具体的争议案件，也审查作为案件适用依据的规范性法律文件的合宪性，又称附带性审查。

(3) 事先审查和事后审查。根据审查是在规范性法律文件生效之前还是在其生效之后，可以将立法的违宪审查分为事先审查和事后审查。事先审查指的是在规范性法律文件生效之前对其进行的审查。事后审查指的是在规范性法律文件生效之后对其进行的审查。显而易见的是，上述第二种分类中的具体审查都是事后审查，故此种分类主要是针对抽象审查而言的。从表现形式而言，事先审查多表现为批准程序，事后审查多表现为备案程序（如我国）。

(4) 主动审查和被动审查。根据违宪审查机关是主动依职权还是被动依申请，可以将立法的违宪审查分为主动审查和被动审查。主动审查是指违宪审查机关依职权主动审查。

被动审查是指违宪审查机关必须依法定主体的申请才能进行审查。显然，上述第二种分类中的具体审查都是被动审查，故此种分类也主要是针对抽象审查而言的。

3. 我国的违宪审查制度

(1) 我国的违宪审查主体。《宪法》第 62 条第 2 项和第 67 条第 1 项规定，全国人民代表大会和全国人大常委会负责监督宪法实施，具有完整的违宪审查权。^①

(2) 我国的违宪审查对象。《宪法》第 5 条规定了我国违宪审查的对象是规范性法律文件和一切宪法主体的行为。据此，可以将我国的违宪审查从对象上分为立法的违宪审查和行为的违宪审查。

(3) 我国的违宪审查方式。我国的违宪审查是上述几种审查方式的结合。换言之，我国既有立法的违宪审查，又有行为的违宪审查。在立法的违宪审查中，既有抽象审查，又有具体审查；既有事先审查，又有事后审查；既有主动审查，也有被动审查（详见下表）。

对 象	抽象/具体	事先/事后	主/被动	审查方式
立 法	抽象审查	事先的抽象审查	主动	立法
			被动	★★批准
		事后的抽象审查	主动	★★主动改变、撤销
			被动	★★依要求、建议
	具体审查 ^②	对法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例	被动	依据 ^③
		对规章	被动	参照 ^④
		对其他规范性法律文件	被动	对合法有效的可以引用 ^⑤
行 为	在立法上没有系统化规定，重点是国家领导人的罢免制度			

(4) 立法的违宪审查。由于我国对立法的违宪审查和合法性审查存在诸多的重合之处，故我们将两者在“立法法”部分进行合并论述，此处仅指出立法的违宪审查制度中需单独注意的几个问题，或者说其与合法性审查的不同之处：

① 在事先的抽象审查中，注意其被动状态，即“批准”制度。“批准”实质是指对较大市的地方性法规、自治条例和单行条例的事先审查，包括两类情况（如下表所示）。

	审 查 对 象	批 准 主 体
第一类	较大市的人大及其常委会制定的地方性法规	所在省、自治区的人大常委会
第二类	自治区的自治条例和单行条例	全国人大常委会
	自治州、自治县的自治条例和单行条例	所在省、自治区、直辖市的人大常委会

首先，根据《立法法》第 63 条第 2 款，较大市的人大及其常委会制定的地方性法规，应报该市所在的省、自治区的人大常委会批准。注意报请批准的主体是“省、自治区的人

① 根据《立法法》第 63 条第 2 款，第 66 条第 2 款，第 88 条第 1、2 项，省、自治区、直辖市的人大常委会也可以在特定条件下成为违宪审查主体。对此，我们会在下文结合具体情形讲述。

② 具体审查是指法院在审理具体案件时对案件适用的法律依据所进行的附带性审查，以存在争议案件为前提，故具体审查均为事后审查。

③ 《行政诉讼法》第 52 条，最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》二、（一）。

④ 《行政诉讼法》第 53 条，最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》一。

⑤ 行政诉讼法《若干解释》第 62 条第 2 款，最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》一。





大常委会”，不包括“直辖市”的人大常委会，也不包括省、自治区的“人民代表大会”。该款的表述是“同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准”，意味着如果该地方性法规同“宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规”相抵触，则不应批准，因此，这种审查既是合法性审查，也是合宪性审查。

其次，根据《立法法》第66条第2款，自治区的自治条例和单行条例，报全国人大常委会议批准后才能生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省、自治区、直辖市的人大常委会批准后才能生效。根据该条第2款和第88条第1项、第2项，此处的批准也具有合法性审查和合宪性审查的双重性质。

举例言之，广西壮族自治区人大制定的自治条例，需要全国人大常委会批准才能生效。武汉市人大常委会制定的地方性法规，恩施自治州人大制定的自治条例，长阳自治县人大制定的单行条例，需要经过湖北省人大常委会的批准方能生效。

② 在事后的抽象审查中，注意被动的事后抽象审查。依申请主体的不同或者说申请主体的申请对于审查机关是否具有拘束力，可以将其分为要求审查和建议审查两种：

首先，要求审查。“两高一院两委”（最高人民法院、最高人民检察院、国务院、省级人大常委会、中央军委，注意不包括专门委员会），可以向全国人大常委会以书面形式提出审查要求，常委会工作机构分送有关的专门委员会审查，提出意见。

其次，建议审查。其他主体可以向全国人大常委会以书面形式提出审查建议，常委会工作机构进行研究，必要时分送有关的专门委员会审查，提出意见。

其区别在于，前者提出的是“要求”，一旦申请主体提出审查要求，审查机关就必须进行正式审查，故常委会工作机构直接分送相关专门委员会审查，后者提出的是“建议”，是否进行正式审查，还要经过审查机关的研究，看是否有审查的必要，故常委会工作机构要“进行研究，必要时”才分送相关专门委员会审查。简言之，对于审查要求，审查机关必须审查，而对于审查建议，审查机关可以审查，也可以不审查。

③ 在具体审查中要注意：

首先，法院在行政诉讼中审查具体行政行为合法性时，对具体行政行为所依据的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例，应当对下位法是否符合上位法一并作出判断，下位法的规定不符合上位法的，人民法院原则上应当适用上位法。依据是最高人民法院2004年5月18日颁布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》^①。

其次，法院在行政诉讼中审查具体行政行为合法性时，对具体行政行为所依据的规章，应当参照适用。参照适用包括两个方面的含义，一是在规章不符合上位法时，不予适用，二是规章在符合上位法时应当适用，上述纪要对此作出了明确的规定^②。

再次，法院在行政诉讼中审查具体行政行为合法性时，对具体行政行为所依据的其他规范性文件法律文件，应当对其进行效力进行判断。对此可分两种情况讨论：第一，如果人民

① 该纪要第二部分之（一）规定：为维护法制统一，人民法院审查具体行政行为的合法性时，应当对下位法是否符合上位法一并进行判断。经判断下位法与上位法相抵触的，应当依据上位法认定被诉具体行政行为的合法性。并列举了下位法与上位法相抵触的常见情形。

② 该纪要第一部分规定：根据行政诉讼法和立法法有关规定，人民法院审理行政案件，依据法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例，参照规章。在参照规章时，应当对规章的规定是否合法有效进行判断，对于合法有效的规章应当适用。

法院认为其合法有效，根据行政诉讼法《若干解释》第62条第2款，可以在裁判文书中引用。注意“可以引用”意味着即使该文件合法有效，也不一定要适用，法院可以自由选择。这是因为其他规范性法律文件不是正式的法律渊源，对人民法院不具有法律意义上的约束力。法院只有在认为其合法有效且合理适当时，才应当承认其效力。第二，如果人民法院认为其违法或无效，则不应适用，并可以在裁判理由中对其是否合法、有效、合理或适当进行评述^①。

(5) 行为的违宪审查。对行为的违宪审查，我国立法上未作出系统化的规定，而是散见于不同的规范性法律文件之中，我们扼要掌握即可。

① 对选举行为：《民事诉讼法》第164条、第165条规定，对选民资格争议应通过民事诉讼解决。

② 对政党行为：我国《宪法》序言第13自然段规定，全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。《宪法》第5条第4款规定，一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。但除了上述抽象的规定外，现行法中缺乏具体的对政党行为进行违宪审查的规定。

③ 对国家领导人的行为：如果国家领导人有严重犯罪行为或违法行为，应当对其进行指控乃至追究其宪法责任。对此，国外多采用弹劾制度。我国虽无弹劾制度，但规定了与弹劾类似的“罢免”制度。《宪法》第63条规定了全国人大对国家领导人的罢免权，《全国人民代表大会议事规则》第39条规定了罢免的程序，对此，可以归纳为下表。

★ 罢免主体	全国人民代表大会
★ 罢免对象	中华人民共和国主席、副主席；国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长；中央军事委员会主席和中央军事委员会其他组成人员；最高人民法院院长；最高人民检察院检察长
罢免程序	★ (1) 提请：主席团、三个以上代表团或十分之一以上代表可以提出罢免案； (2) 审议：①主席团→交各代表团审议→提请大会全体会议表决；或者②主席团提议→大会全体会议决定→组织调查委员会调查→全国人大下次会议根据调查报告审议决定； (3) 表决：全体代表过半数通过 ^②

以上需要重点掌握的是罢免主体、罢免对象和有权提出罢免案的主体，即“谁罢免、罢免谁和谁提议”。

真题演练

1. (2005-1-62)^③ 根据我国宪法的规定，下列关于宪法监督制度的表述，哪些是

① 该纪要第一部分规定：国务院部门以及省、市、自治区和较大的市的人民政府或其主管部门对于具体应用法律、法规或规章作出的解释；县级以上人民政府及其主管部门制定发布的具有普遍约束力的决定、命令或其他规范性文件。行政机关往往将这些具体应用解释和其他规范性文件作为具体行政行为的直接依据。这些具体应用解释和规范性文件不是正式的法律渊源，对人民法院不具有法律规范意义上的约束力。但是，人民法院经审查认为被诉具体行政行为依据的具体应用解释和其他规范性文件合法、有效并合理、适当的，在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力；人民法院可以在裁判理由中对具体应用解释和其他规范性文件是否合法、有效、合理或适当进行评述。

② 《宪法》第64条第2款。
③ ACD。考查我国宪法监督的方式。





正确的？

- A. 全国人民代表大会常务委员会对省人大制定的地方性法规的撤销属于事后监督
- B. 我国的宪法监督体制以附带性审查为主
- C. 全国人民代表大会常务委员会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规

D. 全国人民代表大会常务委员会批准自治区的自治条例属于事先监督

2. (2006-1-62)^① 专门机关负责保障宪法实施是宪法实施保障体制的重要形式。

有关专门机关负责保障宪法实施的体制，下列哪些表述是正确的？

- A. 专门机关负责宪法实施的体制起源于 1799 年法国宪法设立的护法元老院
- B. 宪法法院和宪法委员会是专门机关负责保障宪法实施体制的两种主要形式
- C. 我国负责保障宪法实施的专门机关是全国人民代表大会及其常务委员会
- D. 最早提出设立宪法法院的是奥地利规范法学派代表人物汉斯·凯尔森

3. (2008-1-64)^② 全国人民代表大会法律委员会和其他有关专门委员会经审查认为报全国人大常委会备案的司法解释与法律相抵触，而有关解释机关不予修改或废止的，法律委员会和其他有关专门委员会可依法采取下列哪些措施？

- A. 可以决定撤销该司法解释
- B. 可以提出要求作出司法解释的机关予以修改、废止的议案
- C. 可以提出由全国人大常委会作出立法解释的议案
- D. 将该司法解释发回，发回后立即失效，但失效不具有溯及力

4. (2009-1-17)^③ 由专门机关负责保障宪法实施的规定始于下列哪一部宪法？

- A. 1958 年法国宪法
- B. 1787 年美国宪法
- C. 1799 年法国宪法
- D. 1908 年苏俄宪法

① ABD。考查专门机关负责保障宪法实施的体制，我国是立法机关保障的体制，C 错误。

② BC。参见《监督法》第 33 条。本题看似考得很冷僻，其实没有必要掌握这么细，根据《立法法》规定，审查主体只能是全国人大及其常委会，专门委员会无权作出实体的撤销或发回决定，故 A 和 D 错。专门委员会有提案权，故 BC 正确。

③ C。专门机关负责保障宪法实施起源于 1799 年法国宪法设立的护法元老院。

第三讲 公民及其基本权利

【本讲概要】 如果将宪法看做公民和国家（通过其代表“官员”）签订的一个合同，那么宪法主体就可以理解为这个大合同的主体，即公民与国家，而在国家这一方，更可进一步划分为两个次一级主体：①具体的代表国家的人——官员；②抽象的国家——横向的国家机关和纵向的国家结构形式之结合。如果以具体还是抽象为标准，那么宪法上的主体就可以分为两类三种：①“宪法上的人”，包括“公民”与“官员”；②“宪法上的国家”。

而宪法内容无非就是这个大合同的主体的权利义务。

以这个大合同的主体为经线，兼以主体的权利义务为纬线进行分析，那么在公民一方，我们需要掌握公民一方有何权利（权力）义务。就司法考试而言，重在公民的基本权利，包括政治权利、人身权利和经济社会文化权利，又以选举权与选举制度、财产权与经济制度为核心考点。在国家这一方，就司法考试范畴，我们重点掌握这两个次一级主体的权利（权力）义务，一则掌握主要官员是如何任免的，二则掌握国家权力在横向和纵向上是如何配置的。本讲和下一讲所要解析的，正是上述“宪法上的人”的权利（权力）和义务，在第五讲和第六讲，我们则详细分析“宪法上的国家”。

“公民及其基本权利”主要内容是：国籍、政治权利（选举权与选举制度，其他政治权利与政治自由）、人身权利（一般人身权利，人大代表的特殊人身权利）、经济社会文化权利（财产权与经济制度，社会文化权利），又以选举权与选举制度、财产权与经济制度为核心考点。

考点一 国籍的取得、丧失、与恢复

重点法条

《宪法》

★第三十三条 凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。

【关联法条】

《国籍法》

★★第三条 中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。

★★第四条 父母双方或一方为中国公民，本人出生在中国，具有中国国籍。

★★第五条 父母双方或一方为中国公民，本人出生在外国，具有中国国籍；但父母双方或一方为中国公民并定居在外国，本人出生时即具有外国国籍的，不具有中国国籍。

父母无国籍或国籍不明，定居在中国，本人出生在中国，具有中国国籍。

★第七条 外国人或无国籍人，愿意遵守中国宪法和法律，并具有下列条件之一的，

可以经申请批准加入中国国籍。

- 一、中国人的近亲属；
- 二、定居在中国的；
- 三、有其他正当理由。

★第十五条 受理国籍申请的机关，在国内为当地市、县公安局，在国外为中国外交代表机关和领事机关。

★第十六条 加入、退出和恢复中国国籍的申请，由中华人民共和国公安部审批。经批准的，由公安部发给证书。

法学理论

- ★国籍取得理论
- ★★★中国国籍之取得、丧失与恢复

考点解析

1. 国籍取得理论

出生取得	单系血统主义	父或母一方为本国人即可取得本国国籍
	双系血统主义	父母双方均为本国人方可取得本国国籍
	出生地主义	出生在本国即可取得本国国籍
	血统与出生地结合主义	父母为本国人或出生地在本国均可取得本国国籍
加入取得	基于一定法律事实依申请取得	基于申请人系本国人近亲属、定居、政治避难等法律事实和申请行为

2. 中国国籍之取得、丧失与恢复

取得	出生取得 ^①	单系血统与出生地结合主义：父母双方或一方为本国人，或本人出生地在本国，均可取得中国国籍
	加入取得 ^②	条件：近亲属关系、定居中国或其他正当理由
	限制：单重国籍原则 ^③	中国不承认双重国籍
丧失	自动丧失	定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，自动丧失中国国籍 ^④
	申请退出，经批准而丧失	① 中国公民具有正当理由的可以申请退出，如获得批准，即丧失中国国籍 ^⑤ ② 国家工作人员和现役军人不得退出 ^⑥
恢复	(1) 恢复有条件：①曾有过中国国籍的外国人；②具有正当理由；③需申请； (2) 恢复需批准：公安部批准方得恢复； (3) 恢复不保留：被批准恢复中国国籍的，不得再保留外国国籍 ^⑦	
主管	受理机关	国内：当地的市、县公安局；国外：中国外交代表机关和领事机关 ^⑧
	批准和发证机关	公安部 ^⑨

① 《国籍法》第4条、第5条、第6条。
② 《国籍法》第7条。
③ 《国籍法》第3条。
④ 《国籍法》第9条。
⑤ 《国籍法》第10条。
⑥ 《国籍法》第12条。
⑦ 《国籍法》第13条。
⑧ 《国籍法》第15条。
⑨ 《国籍法》第16条。



需要注意的是,《国籍法》是在特别行政区适用的少数法律之一,在特区出生的,属于“本人出生在中国”,当然取得中国国籍。

真题演练

1. (2002-1-87 不定选)^① 根据我国现行宪法和法律,下列哪些人可以具有中国国籍?

- A. 赵某,出生于中国大陆,父亲为美国公民,母亲为中国公民
- B. 钱某,出生于法国,父亲为中国公民,母亲为日本公民
- C. 孙某,出生于柏林,父母双方均为中国公民,1980 年移民德国,定居柏林(德国采用出生地主义的国籍原则)

D. 李某,出生于中国,父亲为无国籍人,母亲也国籍不明

2. (2006-1-14)^② 下列哪一项是我国宪法界定公民资格的依据?

- A. 出生地主义原则
- B. 血统主义原则
- C. 国籍
- D. 以血统主义为主、以出生地主义为辅的原则

考点二 选举制度的基本原则

重点法条

《选举法》

★★第三条 中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况和居住期限,都有选举权和被选举权。

依照法律被剥夺政治权利的人没有选举权和被选举权。

★★第十四条 地方各级人民代表大会代表名额,由本级人民代表大会常务委员会或者本级选举委员会根据本行政区域的人口数,按照每一代表所代表的城乡人口数相同的原则,以及保证各地区、各民族、各方面都有适当数量代表的要求进行分配。在县、自治县的人民代表大会中,人口特少的乡、民族乡、镇,至少应有代表一人。地方各级人民代表大会代表名额具体分配办法,由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会参照全国人民代表大会代表名额分配的办法,结合本地区的具体情况规定。

★★第二十六条第二款 精神病患者不能行使选举权利的,经选举委员会确认,不列入选民名单。

★★第三十八条 全国和地方各级人民代表大会代表的选举,一律采用无记名投票的方法。选举时应当设有秘密写票处。选民如果是文盲或者因残疾不能写选票的,可以委托他信任的人代写。

★★★第四十条 选民如果在选举期间外出,经选举委员会同意,可以书面委托其他选民代为投票。每一选民接受的委托不得超过三人,并应当按照委托人的意愿代为投票。

① ABD。C 项注意孙某父母已经移民德国,“移民”意味着国籍的转换,本题难点正在于此。

② C。题目很简单,但如果不认真读题直接选答案很容易选 D。





【关联法条】

《全国人民代表大会常务委员会关于县级以下人民代表大会代表直接选举的若干规定》

★★三、精神病患者不能行使选举权利的，经选举委员会确认，不行使选举权利。

★★四、因反革命案或者其他严重刑事犯罪案被羁押，正在受侦查、起诉、审判的人，经人民检察院或者人民法院决定，在被羁押期间停止行使选举权利。

★★★五、下列人员准予行使选举权利。

(一) 被判处有期徒刑、拘役、管制而没有附加剥夺政治权利的；

(二) 被羁押，正在受侦查、起诉、审判，人民检察院或者人民法院没有决定停止行使选举权利的；

(三) 正在取保候审或者被监视居住的；

(四) 正在被劳动教养的；

(五) 正在受拘留处罚的。

以上所列人员参加选举，由选举委员会和执行监禁、羁押、拘留或者劳动教养的机关共同决定，可以在流动票箱投票，或者委托有选举权的亲属或者其他选民代为投票。被判处拘役、受拘留处罚或者被劳动教养的人也可以在选举日回原选区参加选举。

法学理论

★★普遍性原则

★★平等性原则

★★直接选举和间接选举并用的原则

★★秘密投票原则

考点解析

选举权普遍性	<p>(1) 权利能力：①年满18周岁；②未被剥夺政治权利（见《选举法》第3条）；</p> <p>(2) 行为能力：①精神病患者，经选举委员会确认停止行使选举权（见《选举法》第26条第2款，《直接选举若干规定》第3条）；②（危害国家安全等严重刑事犯）受刑事追诉被羁押期间，经检察机关决定停止行使选举权（见《直接选举若干规定》第4条）；</p> <p>(3) 实际投票：①人身自由受限但未剥夺政治权利者，由选举委员会和执行机关共同决定可在流动票箱投票或委托有选举权的亲属等其他选民代投；②受拘役、行政拘留、劳动教养者可回原选区投票（见《直接选举若干规定》第5条）</p>
选举权平等性	同票同值：每一代表所代表的城乡人口数相同
直接、间接选举并用	县乡两级直接选举（选民选举）；市级以上间接选举（选举人选举）（见《选举法》第2条）
秘密投票原则	①实行无记名投票；②文盲或残疾人可以委托他人代写（此处受托人限于选民）；③选民在选举期间外出的，经选举委员会认可，可以书面委托有选举权的亲属等其他选民代投（此处受托人必须是选民，见《选举法》第38条、第40条）

选举权是公民政治权利中最重要的一种，它是整个国家政治制度的逻辑起点，也是司法考试不可回避的重点。很多人觉得复习《选举法》吃力不讨好，这是因为它线索多，考点散，数字杂，很多地方容易混淆和遗漏，复习起来格外琐碎和枯燥。我主张先综合再分析，通过对比，突出差异，并按照一定的体系重新整理，将考点一网打尽。其实《选举法》称为《人大代表选举法》可能更为合适，根据《宪法》第62条，国家主席、中央军委主席、最高人民法院院长、最高人民检察院检察长都是需要选举产生的，但是《选举



法》只规定了人大代表的选、免、辞、补。

1. 普遍性原则

普遍性原则之精神，在于让尽可能多的人拥有和行使选举权：

(1) 让尽可能多的人拥有选举的资格，即选举权利能力的普遍性。

(2) 并非有选举权利能力的人都适于行使选举权。例如，精神病患者客观上不能参加投票，受刑事追诉被羁押的严重刑事犯主观恶性较大，不宜参加投票，这就有必要对这些公民“停止行使选举权”，这些公民也就因此而丧失选举行为能力——精神病患者，经选举委员会确认停止行使选举权；危害国家安全等严重刑事犯受刑事追诉被羁押期间，经人民法院或人民检察院决定，停止行使选举权。

(3) 即使你有了行为能力，客观上也未必都能现实地参加投票。例如，被行政拘留或刑事拘留的，就不宜去投票点投票，为使有行为能力的人都能现实地参加投票，国家便特设了一些制度来便利特殊选民实际投票——人身自由受限但未剥夺政治权利的公民，由选举委员会和执行机关共同决定，可以在流动票箱投票或委托有选举权的其他选民代投，受拘役、行政拘留、劳动教养者可回原选区投票。

不难看出，普遍性原则包括权利能力、行为能力、实际投票三层意思，纵向上是一个递进的三层结构；横向上是一分为二的剖面，正面有权利能力和实际投票制度，反面有“停止行使选举权”制度。这“三纵两横”从正题和反题两个向度，努力地构筑一个健康的选举秩序。

2. 平等性原则

从原理上讲，平等性原则包括机会平等和效力平等两个层次：①每个公民都有一个投票权；②每一个投票权的效力相等，简言之就是“同票同值”。在《选举法》修改以前，城乡之间存在效力不平等的问题，即城镇选区一位代表所代表的人口数大体相当于农村选区一位代表所代表人口数的4倍。也就是说，农村选民一票的效力大体相当于城镇选民一票的四分之一。但在《选举法》修改以后，这一问题得到了解决，不论是城镇选民还是农村选民，只要他们隶属于同一行政区域，同样的票数就能选出同样多的代表，此即修改后的《选举法》第14条“每一代表所代表的城乡人口数相同”之深意。

3. 直接选举和间接选举并用的原则

直接、间接选举并用原则与纵向的国家结构形式相联系，不同的选举方式对应着不同级别的人民代表大会。县乡两级人大代表由本选区的选民直接选举，设区的市以上级别的人大代表由下一级人大选举，实则“代表选代表”，是典型的间接选举。

4. 秘密投票原则

秘密投票原则必然要求书面投票，否则没有秘密可言，这是不言而喻的，由此又衍生出委托代写和委托投票制度。对这两种委托必须加以区分，委托代写的委托人必须是文盲或残疾人，对受委托人没有身份限制，不仅限于选民，因为有委托人在场监督，而且可以口头委托；委托投票，必须以选举期间外出为事由，受托人必须是选民，委托必须是书面方式，且必须经选举委员会同意（如下表所示）。

	委托人	受托人	事由	方式	批准
委托代写	文盲或残疾	不限于选民	不能书写	可口头	无须批准
委托投票	无要求	选民	选举期间外出	必须书面	选委会同意



此外，注意特殊群体的选举权：

(1) 少数民族聚居地区，同一少数民族人口数不足境内总人口数 30% 的，每一位代表所代表人口数可以少于平均数（见《选举法》第 18 条）。

(2) 全国人大和归侨人数较多地区的地方人大，应当有适当名额的归侨代表（见《选举法》第 6 条第 2 款）。

(3) 华侨（旅居国外的中国公民）于直选选举期间在国内的，可以参加原籍地或者出国前居住地选举（见《选举法》第 6 条第 3 款）。

真题演练

1. (2002 - 1 - 40)^① 根据现行宪法和法律，下列选项哪些人可在选举日回其原选区参加投票？

- A. 冯某，被判处拘役 6 个月，还差 1 个月期满
- B. 马某，被刑事拘留 15 天，已执行 2 天
- C. 王某，被判劳动教养 3 年，已执行 1 年
- D. 汪某，被判有期徒刑 10 年，剥夺政治权利 3 年，已执行刑罚 5 年

2. (2005 - 1 - 61)^② 选民王某，35 岁，外出打工期间本村进行乡人民代表的选举。王因路途遥远和工作繁忙不能回村参加选举，于是打电话嘱咐 14 岁的儿子帮他投本村李叔 1 票。根据上述情形，下列哪些说法是正确的？

- A. 王某仅以电话通知受托人的方式，尚不能发生有效的委托投票授权
- B. 王某必须同时以电话通知受托人和村民委员会，才能发生有效的委托投票授权
- C. 王某以电话委托他人投票，必须征得选举委员会的同意
- D. 王某不能电话委托儿子投票，因为儿子还没有选举权

3. (2009 - 1 - 19)^③ 关于全国人大代表和省、自治区人大代表的名额，按照农村每一代表所代表的人口数四倍于城市每一代表所代表的人口数的原则分配的规定，下列哪一说法是错误的？

- A. 我国选举权的平等原则既着重于机会平等，也重视实质平等
- B. 我国选举法自颁布以来进行了四次修改，每一次都依据当时城乡人口变化情况对城乡代表名额的分配比例进行了调整
- C. “实行城乡按相同人口比例选举人大代表”是我国选举制度发展的方向
- D. 我国选举法的修改反映了城镇化发展的客观趋势

考点三 选举的组织

重点法条

《选举法》

★★★第八条 全国人民代表大会常务委员会主持全国人民代表大会代表的选举。

① AC。根据《直接选举若干规定》第 4 条、第 5 条，该《规定》第 3~5 条需要熟记。

② AD。此题考查《选举法》第 40 条的委托投票制度，一考委托方式，二考受委托人。

③ B。识记题。



省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会常务委员会主持本级人民代表大会代表的选举。

不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇设立选举委员会，主持本级人民代表大会代表的选举。不设区的市、市辖区、县、自治县的选举委员会受本级人民代表大会常务委员会的领导。乡、民族乡、镇的选举委员会受不设区的市、市辖区、县、自治县的人民代表大会常务委员会的领导。

省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会常务委员会指导本行政区域内县级以下人民代表大会代表的选举工作。

★★第三十七条 县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，由各该级人民代表大会主席团主持。

法学理论

★★选举的主持机关

★★选举的领导机关

★★选举的指导机关

考点解析

选举组织	(1) 选举本级代表：直接选举（县乡）由选举委员会主持（见《选举法》第8条第2款）、间接选举（市以上）由本级人大常委会主持；
	(2) 县乡两级选举委员会受县级人大常委会领导、受省市两级人大常委会指导（见《选举法》第8条第3款）；
	(3) 选举上一级代表：县级以上地方人大选举上一级人大代表由本级主席团主持（见《选举法》第37条）

选举的组织一眼望去名目繁多，有主持的，有领导的，还有指导的，对法条不熟的考生很容易被绕进去，实则暗藏玄机——选举的对象决定选举的组织。人大代表的选举从对象来看，一种是选本级人大代表，另一种是选上级人大代表。掌握这个框架后，再展开分析就井井有条了。

1. 选举的主持机关

(1) 选举本级代表的，从级别上说，县乡（直接选举）由本级人大选委会主持，设区的市以上（间接选举）由本级人大常委会主持。

需要注意的是，《选举法》修改后明确了选举委员会的产生和职权问题：

① 选举委员会的产生：县一级（不设区的市、市辖区、县、自治县）的选举委员会的组成人员由本级人大常委会任命，乡一级（乡、民族乡、镇）的选举委员会的组成人员由县一级人大常委会任命^①。

② 选举委员会的职权：包括选民登记，审查选民资格，公布选民名单，处理申诉，划分选区，分配名额，确定和公布正式代表候选人名单，确定选举日期，确定选举结果是否有效，公布当选代表名单等^②。

① 《选举法》第11条。

② 《选举法》第12条。



(2) 选上级代表的，县以上地方人大选举上一级人大代表由本级主席团主持。题外话，为什么要由主席团而不是常委会来主持？因为选举上一级人大代表只能在本级人大开会的时候，所有代表到齐后才能进行，而人大开会又是由主席团主持的。注意这里说的是“县级以上地方人大”，去掉“地方”两字则错。

2. 选举的领导机关

只有直接选举有领导机关问题，谁领导？县级人大常委会，领导谁？县乡两级选委会。注意乡人大因为没有常委会，它的选委会受县人大的常委会的领导。

3. 选举的指导机关

只有直接选举有指导机关问题，即省市两级人大常委会指导县乡的选举。

以上可归纳为“选本级代表，由县乡选委会或市以上常委会主持、县乡由县级常委会领导、省市常委会指导；选上级代表，由本级主席团主持”。下表从选举对象的角度进行了总结。

机关	选举本级代表	选举上级代表（县级以上地方人大）
主持机关	①县乡由选委会；②市以上由常委会	本级人大主席团
领导机关	县级人大常委会	无
指导机关	省市人大常委会	无

真题演练

(2008 - 1 - 61)① 根据我国《宪法》和《选举法》的规定，下列哪些选项是正确的？

- A. 全国人民代表大会常务委员会主持全国人民代表大会代表的选举工作
- B. 县级以上地方各级人民代表大会常务委员会主持本级人民代表大会代表的选举工作
- C. 乡、民族乡、镇设立选举委员会，主持本级人民代表大会代表的选举工作
- D. 乡、民族乡、镇设立的选举委员会受不设区的市、市辖区、县、自治县的人民代表大会常务委员会的领导

考点四 选举的程序

重点法条

《选举法》

★★第三十条 全国和地方各级人民代表大会代表实行差额选举，代表候选人的名额应多于应选代表的名额。

由选民直接选举的代表候选人名额，应多于应选代表名额三分之一至一倍；由地方各级人民代表大会选举上一级人民代表大会代表候选人的名额，应多于应选代表名额五分之一至二分之一。

① ACD。识记题。



★★第四十二条 每次选举所投的票数，多于投票人数的无效，等于或者少于投票人数的有效。

每一选票所选的人数，多于规定应选代表人数的作废，等于或者少于规定应选代表人数的有效。

★★★第四十三条 在选民直接选举人民代表大会代表时，选区全体选民的过半数参加投票，选举有效。代表候选人获得参加投票的选民过半数的选票时，始得当选。

县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，代表候选人获得全体代表过半数的选票时，始得当选。

获得过半数选票的代表候选人的人数超过应选代表名额时，以得票多的当选。如遇票数相等不能确定当选人时，应当就票数相等的候选人再次投票，以得票多的当选。

获得过半数选票的当选代表的人数少于应选代表的名额时，不足的名额另行选举。另行选举时，根据在第一次投票时得票多少的顺序，按照本法第三十条规定的差额比例，确定候选人名单。如果只选一人，候选人应为二人。

依照前款规定另行选举县级和乡级的人民代表大会代表时，代表候选人以得票多的当选，但是得票数不得少于选票的三分之一；县级以上的地方各级人民代表大会在另行选举上一级人民代表大会代表时，代表候选人获得全体代表过半数的选票，始得当选。

法学理论

★划分选区

★★提出候选人

★★★投票选举

★★★补充选举

考点解析

划分选区	(1) 只有直接选举划分选区； (2) 划分标准或为居住状况，或为单位性质； (3) 每一选区选1~3名代表 ^①
提出候选人	(1) 推荐候选人：选民或代表10人以上联名、各政党、各人民团体可以联合或单独推荐候选人 ^② ； (2) 确定差额：直接选举的差额为应选人数的1/3~1倍，间接选举的差额为应选人数的1/5~1/2倍 ^③ ； (3) 公布候选人：直接选举的提名候选人名单在选举15日前公布，人数超过最高差额的由选民协商，协商不成的预选确定候选人，正式候选人名单在选举5日前公布；间接选举的候选人不限于本级人大代表，人数超过最高差额的直接预选确定候选人 ^④ ； (4) 介绍候选人：由选举的组织机构或者推荐者介绍候选人，但在选举日必须停止对候选人的介绍 ^⑤

① 《选举法》第24条。

② 《选举法》第29条。

③ 《选举法》第30条。

④ 《选举法》第31条。

⑤ 《选举法》第33条。

(续表)

投票选举	(1) 选举无效：票数多出选举人数的无效 ^① ； (2) 选票作废：每票所选人数多出应选人数的作废 ^② ； (3) 当选条件：直接选举的须选民过半数参加、票数过投票者半数；间接选举的须票数过全体代表半数 ^③
补充选举	(1) 得票过半数者过多：此时得票多的当选；票数相等的就相等者再次投票，得票多的当选 ^④ ； (2) 得票过半数者过少：此时不足部分应另行选举，根据上次得票多少差额确定候选人（只补1人的候选应为2人），另选后直选得票多且不得少于选票1/3者当选，间选得票多且须过全体代表半数者当选 ^⑤

选举的程序，分为划分选区、提出候选人、投票选举和补充选举四个环节。

1. 划分选区

划分选区的标准是居住状况或单位性质。每一直接选举的选区可选1~3名代表。注意只有直接选举才有划分选区的问题，间接选举实则由代表选代表，自然不必划分选区。

2. 提出候选人

提出候选人可分为推荐候选人、确定差额、公布候选人和介绍候选人四个步骤。

(1) 推荐候选人：重在“谁推荐”而非“推荐谁”，选民或代表10人以上联名、各政党、各人民团体均可联合或单独推荐候选人。注意，公民不得同时担任两个互不隶属的行政区域的人民代表大会代表^⑥。

(2) 确定差额：直接选举的候选人数应当超过应选人数的1/3~1倍，间接选举的候选人数应当超过应选人数的1/5~1/2倍。

(3) 公布候选人：一是注意“提名候选人名单”和“正式候选人名单”的差异，前者在选举15日前公布，人数超过最高差额的要先由选民协商，协商不成的再预选确定后者，在选举5日前公布。二是注意间接选举的候选人不限于本级人大代表，人数超过最高差额的直接预选确定候选人，无须协商。

(4) 介绍候选人^⑦：

① 选举委员会或者人大主席团应当向选民或者代表介绍代表候选人的情况。

② 推荐代表候选人的政党、人民团体和选民、代表可以在选民小组或者代表小组会议上介绍所推荐的代表候选人的情况。

③ 选举委员会根据选民或者代表候选人的要求，应当组织代表候选人与选民见面，介绍本人的情况，回答选民的问题。注意，这是《选举法》修改后的重大变化，有一个从“可以”到“应当”的变化，这意味着只要选民提出见面要求，就“应当”有见面。

④ 在选举日必须停止对代表候选人的介绍。

3. 投票选举

候选人能否当选，需从多个环节进行综合考量，切忌根据某一单一环节得出片面的结论。以下方面是读者务必注意的：

- ① 《选举法》第42条。
- ② 《选举法》第42条。
- ③ 《选举法》第43条。
- ④ 《选举法》第43条。
- ⑤ 《选举法》第43条。
- ⑥ 《选举法》第48条。
- ⑦ 《选举法》第33条





(1) 选举必须有效。如果票数多出选举人数的，选举无效，票数等于或少于选举人数的有效。

(2) 直接选举还是间接选举适用不同的当选条件。①直接选举的须过半数选民参加投票，且得票数过投票者半数。②间接选举的须得票数过全体代表半数。可以总结为“直接选举双过半，先看人后看票，间接选举单过半，只看人不看票”①。

(3) “过半数”的精神实为“赞成者多于反对者”。如果投票人数是偶数，容易掌握；如果总数是奇数，那么“半数”就会带小数，此时的“过半数”就是这个带小数的“半数”进一后的整数，而非进一再加一。如总数是13，则半数为6.5，“过半数”应当为7以上，而非8以上，2002年卷一86题是其适例。

关于投票还需要注意几个细节问题：

(1) 直接选举中，选民既可凭选民证，也可凭身份证向选举委员会领取选票②。

(2) 直接选举的投票场所：一般应设立投票站进行选举；但选民居住比较集中的，可以召开选举大会进行选举；老弱病残或者居住分散并且交通不便的选民，可以在流动票箱投票。投票选举由选举委员会主持③。

(3) 各级人大代表的选举一律采用无记名投票的方法。选举时应当设有秘密写票处④。罢免代表也应采用无记名的表决方式⑤。

4. 补充选举

在选举中，无论是直接选举还是间接选举，有时即便解决了“过半数”，也未必就能确定谁当选，因为过半数的候选人有时太多，有时又太少，可见选举之繁琐，这时就需要用补充规则来弥补：

(1) “过半数”太多的，谁票多谁先当选，但最后可能形成多人票数相等的局面，需要在这票数相等的人之间再选一次，专业术语叫“再次投票”，票多的当选，此时不必和投票人数或者应投人数比较，和俗称的“PK”规则完全相同；

(2) “过半数”太少的，已经过了半数的自然当选，没选出来的代表名额，《选举法》上称为“不足部分”，需要重新确定候选人后再组织投票，称“另行选举”，“另行选举”比“再次投票”更为复杂：

① 重新确定候选人。另行选举应当按第一次投票得票数由高到低排列并且根据第30条的差额原则（但只补1人的，候选人应为2人）重新确定候选人。

② 当选条件不同于初次选举。直接选举中的另行选举，不管多少人来投票，一个候选人只要得票数比其他候选人多，且得票数过投票数三分之一的就当选。间接选举中的另行选举，不但得票必须比其他候选人多（不是过了全体代表半数就当选，这与正常选举不同），而且得票数必须过全体代表的半数。

直接选举的“另行选举”是常考点，相对而言更为重要。

① 双过半、单过半，一定要清楚“谁过谁”，以及区分投票人数、得票数、应投人数这三个概念，选举法作如此规定的原因在于总有人不来投票，所以投票人数总是小于或等于应投人数。“看人”，指得票数与应投人数关系，“看票”，指得票数与投票人数关系。

② 《选举法》第35条。

③ 《选举法》第36条。

④ 《选举法》第38条第1款。

⑤ 《选举法》第49条。

真题演练

1. (2002-1-86)^① 某选区共有选民 13 679 人, 高先生是数位候选人之一。请问根据现行宪法和选举法律, 在下列何种情况下, 高先生可以当选?
- A. 参加投票的人数为 6 835 人, 高获得选票 6 831 张
 - B. 参加投票的人数为 6 841 人, 高获得选票 3 421 张
 - C. 参加投票的人数为 13 643 人, 高获得选票 6 749 张
 - D. 参加投票的人数为 13 685 人, 高获得选票 13 073 张
2. (2004-1-11)^② 某选区选举地方人民代表, 代表名额 2 人, 第一次投票结果, 候选人按得票多少排序为甲、乙、丙、丁, 其中仅甲获得过半数选票。对此情况的下列处理意见哪一项符合法律的规定?
- A. 宣布甲、乙当选
 - B. 宣布甲当选, 同时以乙为候选人另行选举
 - C. 宣布甲当选, 以乙、丙为候选人另行选举
 - D. 宣布无人当选, 以甲、乙、丙为候选人另行选举
3. (2009-1-21)^③ 根据《宪法》和《选举法》规定, 下列哪一选项是正确的?
- A. 选民登记按选区进行, 每次选举前选民资格都要进行重新登记
 - B. 选民名单应在选举日的十五日以前公布
 - C. 对于公布的选民名单有不同意见的, 可以向选举委员会申诉或者直接向法院起诉
 - D. 法院对于选民名单意见的起诉应在选举日以前作出判决

考点五 代表的罢免、辞职、补选和制裁

重点法条

《选举法》

★★第四十七条 对于县级的人民代表大会代表, 原选区选民五十人以上联名, 对于乡级的人民代表大会代表, 原选区选民三十人以上联名, 可以向县级的人民代表大会常务委员会书面提出罢免要求。

罢免要求应当写明罢免理由。被提出罢免的代表有权在选民会议上提出申辩意见, 也可以书面提出申辩意见。

县级的人民代表大会常务委员会应当将罢免要求和被提出罢免的代表的书面申辩意见印发原选区选民。

表决罢免要求, 由县级的人民代表大会常务委员会派有关负责人员主持。

★★第四十八条 县级以上的地方各级人民代表大会举行会议的时候, 主席团或者十分之一以上代表联名, 可以提出对由该级人民代表大会选出的上一级人民代表大会代表的

① B。由“选区”二字知此为直接选举, 因“直接选举双过半, 先看人后看票”, 简单选 B。

② C。由“选区”二字知此为直接选举, 甲已过半数先当选, 剩余三人, 先确定候选人, 因只补一人, 候选只能为二人, 知答案为 C。此题难度比较大, 考得很细。

③ D。此题最好用排除法。





罢免案。在人民代表大会闭会期间，县级以上地方各级人民代表大会常务委员会主任会议或者常务委员会五分之一以上组成人员联名，可以向常务委员会提出对由该级人民代表大会选出的上一级人民代表大会代表的罢免案。罢免案应当写明罢免理由。

县级以上地方各级人民代表大会举行会议的时候，被提出罢免的代表有权在主席团会议和大会全体会议上提出申辩意见，或者书面提出申辩意见，由主席团印发会议。罢免案经会议审议后，由主席团提请全体会议表决。

县级以上地方各级人民代表大会常务委员会举行会议的时候，被提出罢免的代表有权在主任会议和常务委员会全体会议上提出申辩意见，或者书面提出申辩意见，由主任会议印发会议。罢免案经会议审议后，由主任会议提请全体会议表决。

★★★第五十条 罢免县级和乡级的人民代表大会代表，须经原选区过半数的选民通过。

罢免由县级以上地方各级人民代表大会选出的代表，须经各该级人民代表大会过半数的代表通过；在代表大会闭会期间，须经常务委员会组成人员的过半数通过。罢免的决议，须报送上一级人民代表大会常务委员会备案、公告。

★★第五十二条 全国人民代表大会代表，省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会代表，可以向选举他的人民代表大会的常务委员会书面提出辞职。县级的人民代表大会代表可以向本级人民代表大会常务委员会书面提出辞职，乡级的人民代表大会代表可以向本级人民代表大会书面提出辞职。

★★第五十四条 代表在任期内，因故出缺，由原选区或者原选举单位补选。地方各级人民代表大会代表在任期内调离或者迁出本行政区域的，其代表资格自行终止，缺额另行补选。

县级以上地方各级人民代表大会闭会期间，可以由本级人民代表大会常务委员会补选上一级人民代表大会代表。

补选出缺的代表时，代表候选人的名额可以多于应选代表的名额，也可以同应选代表的名额相等。补选的具体办法，由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会规定。

法学理论

★★★代表的罢免

★★代表的辞职

★★代表的补选

★对破坏选举的制裁措施

考点解析

罢免代表	直选	(1) 提出条件：对县级代表选民 50 人以上，对乡级代表选民 30 人以上，可向县级人大常委会提出罢免（见《选举法》第 47 条）； (2) 罢免条件：须经原选区过半数选民通过（见《选举法》第 50 条）
	间选	(1) 提出条件：县级以上人大主席团或 1/10 以上代表，常委会主任会议或 1/5 以上成员可提出对该级人大选出的上一级人大代表的罢免案（见《选举法》第 48 条）； (2) 罢免条件：须经选举他的大大过半数代表或过半数常委通过，罢免决议报送上一级人大常委会备案（见《选举法》第 50 条）

(续表)

代表辞职	(1) 直接选举的: 县级代表可向本级人大常委会辞职, 乡镇代表可向本级人大辞职; (2) 间接选举的: 其代表可向选举他的那级人大常委会辞职 (此两点见《选举法》第 52 条)
出缺补选	任内出缺由原选区或者原选举单位补选, 注意: ①间接选举的可由本级人大常委会补选个别上一级人大代表; ②补选可以差额选举, 也可以等额选举 (见《选举法》第 54 条)
制裁措施	(1) 对破坏选举者给予治安处罚, 构成犯罪的追究刑事责任, 是国家工作人员的还应给予行政处分; (2) 通过贿选当选的, 其当选无效 (此两点见《选举法》第 55 条)

代表选出来后, 这个队伍往往不是一成不变, 而是动态的、有进有出的, 因此有必要设置代表的流动制度, 包括罢免、辞职和补选。罢免和辞职一个被动一个主动, 但都是“出”, 补选则是“进”, 以保持代表总数不变。

1. 代表的罢免

代表的罢免说白了就是不让你干了, 对罢免程序最好与代表的选举程序对比复习, 两者的差异在于:

(1) 提出罢免案比提名人要求的人数多。对县级代表需选民 50 人以上, 对乡级代表需选民 30 人以上方可向县级人大常委会提出罢免案, 对市级以上代表需县级以上人大主席团或 1/10 以上代表, 常委会主任会议或 1/5 以上成员方可提出罢免案。

(2) 罢免条件要比当选条件高。对县级代表, 必须由过原选区的过半数选民通过, 对市级以上代表, 必须由过半数的选举他的大人大代表或过半数常委通过。简言之, 即“人”的过半数, 而非“票”的过半数。

(3) 县级以上人大可以通过常委会来罢免由其选出的上一级人大的代表, 这在代表的选举中是没有的。例如对于犯罪的人大代表, 需要及时罢免, 这在人大闭会期间只能由常委会来操作, 故常委会也可上一级级代表。代表的选举与代表的罢免存在相通之处, 可以概括为“哪里来哪里去”, 也就是说谁选的, 谁罢免, 如县级以上的地方各级人大及其常委会对于不是自己选出的本级及下级人大代表就无权罢免, 而只能罢免本级人大选出的上一级人大代表。

2. 代表的辞职

代表自己不想干了或由于某种客观原因, 可以申请辞职, 原则还是“哪里来哪里去”, 被谁选的, 向谁申请辞职。注意辞职的受理机关, 县级以上都是常委会, 只有乡级是人大。

3. 代表的补选

代表被罢或辞职后, 需要补选, 其规则与选举代表相似, 由原来的选区或人大补选, 注意: ①县级以上的地方各级人大闭会期间, 可由本级人大常委会补选个别上一级人大代表 (间接选举可由人大常委会补选); ②补选可以差额选举, 也可以等额选举。

4. 对破坏选举的制裁措施

2004 年《选举法》修改后, 增加了破坏选举的制裁措施, 可能成为考点的是两个问题: ①普遍的制裁原则, 即“对破坏选举者给予治安处罚, 构成犯罪的追究刑事责任, 是国家工作人员的还应给予行政处分”; ②注意唯一的一个无效情形——贿选方式当选的, 不但要受制裁, 而且当选无效。



考点六 政治自由与狭义的政治权利

重点法条

《宪法》

★★第三十五条 中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。

★★第四十一条 中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。

对于公民的申诉、控告或者检举，有关国家机关必须查清事实，负责处理。任何人不得压制和打击报复。

由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。

法学理论

★政治自由

★★★狭义的政治权利

考点解析

政治自由	言论自由	在政治自由中居于首要地位，衍生出其他的政治自由
	出版自由	即著作自由，是言论自由的自然衍生，由出版管理条例规范
	结社自由	主要指组织政治性团体，须由民政部门实行核准登记，由社会团体登记管理条例规范
	集会游行示威自由	也是言论自由的衍生，但中央国家机关所在地、国宾下榻处、重要军事设施、海陆空交通站点（航空港、火车站、港口）周边不得集会游行示威，由《集会游行示威法》规范，注意外国使领馆周边可以集会游行示威 ^①
狭义的政治权利	参政权	包括担任国家机关职务，国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利 ^②
	监督权	①包括批评建议权（目的在于改进国家工作）；②控告检举权（目的在于追究违法责任）；③申诉权（目的在于保护自身权益） ^③
	求偿权	即请求并获得国家赔偿的权利，具体见国家赔偿法 ^④

如何区分政治权利和政治自由？从公民与国家的关系入手，可以将广义之政治权利分为逃离国家的权利，请求国家行为的权利，进入国家的权利三个层次，逃离国家的权利就是政治自由，请求国家行为的权利和进入国家的权利合二为一，就是狭义的政治权利，换言之，广义的政治权利包括了政治自由与狭义的政治权利。

1. 政治自由

政治自由的原理是“公民有逃离国家的权利”，其核心则是言论自由，而言论自由又

① 以上见《宪法》第35条。

② 《刑法》第54条。

③ 《宪法》第41条第1款、第2款。

④ 《宪法》第41条第3款。





衍生出其他的政治自由——书面的言论自由即为出版自由，集体的言论自由即为结社自由，愤怒的言论自由即为集会游行示威自由，可以说后几个都是言论自由的特殊表现。

2. 狭义的政治权利

狭义的政治权利除了最重要的选举权外，还包括参政、监督、求偿诸权利。选举权前面已经讲过，参政权和求偿权一般了解即可，需要深入具体掌握的是监督权：

(1) 批评和建议的区别在于有没有提出解决方案，而目的则是同一的，在权利行使上也往往是结合的；

(2) 控告和检举的区别在于起因——控告是因为自己的利益、检举是因为他人或公共利益受到了违法行为的损害，而目的则都是为了追究违法责任；

(3) 申诉的目的是为了保护（或实现）自己的权益而非追究违法责任，这是它和控告的区别，但它和控告起因相同（自己利益受到了违法行为的损害），实践中也往往结合起来行使，既追究侵犯者的违法责任，又保护（或实现）自己的权益。

真题演练

1. (2004-1-57)^① 下列有关我国公民权利的表述哪些符合宪法的规定？

- A. 公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利
- B. 公民对任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有提出申诉、控告或者检举的权利
- C. 任何国家机关在接到公民提出的申诉、控告或者检举后，都必须查清事实，负责处理
- D. 国家机关和国家工作人员侵犯公民权利造成损失的，受害人有依法请求赔偿的权利

2. (2009-1-64)^② 根据《宪法》规定，下列哪些权利是公民享有的监督权？

- A. 罢免权
- B. 集会、游行、示威自由
- C. 批评和建议的权利
- D. 申诉、控告或者检举的权利

考点七 人身权利

重点法条

《宪法》

★★第三十七条 中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。

任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。

禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。

★★第三十九条 中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入

^① ABD。C 错在“任何国家机关”，应为“有关国家机关”，此题答案完全可以从逻辑上推导出来。

^② CD。



公民的住宅。

★★第四十条 中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。

【关联法条】

《人大代表法》

★★★第三十条 县级以上的各级人民代表大会代表，非经本级人民代表大会主席团许可，在本级人民代表大会闭会期间，非经本级人民代表大会常务委员会许可，不受逮捕或者刑事审判。如果因为是现行犯被拘留，执行拘留的机关应当立即向该级人民代表大会主席团或者人民代表大会常务委员会报告。

对县级以上的各级人民代表大会代表，如果采取法律规定的其他限制人身自由的措施，应当经该级人民代表大会主席团或者人民代表大会常务委员会许可。

乡、民族乡、镇的人民代表大代表，如果被逮捕、受刑事审判，或者被采取法律规定的其他限制人身自由的措施，执行机关应当立即报告乡、民族乡、镇的人民代表大代表。

法学理论

★★公民人身权利

★★★人大代表的特殊人身权利

考点解析

1. 公民人身权利

人身自由	人身不受非法限制、搜查、拘留、逮捕的自由 ^①
人格尊严	包括姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权，且不受侮辱、诽谤和诬告陷害 ^②
住宅自由	禁止非法搜查或者非法侵入公民住宅，公安和检察机关搜查住宅须依法定程序进行 ^③
通信自由	①公民通信不受国家非法限制（通信自由）；公民通信不受隐匿、毁弃、拆阅和窃听（通信秘密）。②因国家安全或刑事追诉需要，公安和检察机关可依法对公民的通信进行检查 ^④

宪法上的人身权利与民法上的人身权利形同实异，关键区别在于权利的对抗对象，宪法上的人身权利是用来对抗国家公权的，民法上的人身权利是用来对抗平等民事主体的。重点掌握上表所列的那些不能对抗国家的例外情形。

（1）人身自由。人身自由重点掌握非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。

（2）住宅安全权。住宅安全权是指公民居住、生活的场所不受非法侵入和搜查，住宅的范围当做广义理解，工作场所也属于住宅。注意住宅安全权作为宪法规定的基本权利，与普通法律的住宅权利的区别在于，宪法上的住宅安全权的内容限于不受非法侵入和搜查。

（3）通信自由。对于通信自由，重点是“通信检查”问题：①“通信检查”的起因

① 《宪法》第37条。

② 《宪法》第38条。

③ 《宪法》第39条。

④ 《宪法》第40条。

是国家安全或刑事追诉的需要。②“通信检查”的机关是公安机关和检察机关。③“通信检查”的性质是限制通信秘密而非限制通信自由，换言之，根据我国宪法，通信自由绝对不能被限制，而通信秘密则可以有条件地被限制。

2. 人大代表的特殊人身权利①

(1) 言论免责权。言论免责权指人大代表在人大各种会议上的发言和表决不受法律追究②。

(2) 人身特别保护权。

被限制者	事由	许可/报告	报批机关
县级以上人大代表	被逮捕、受刑事审判，或以其他方式法定方式限制人身自由	需事先许可	该级人大主席团或其常委会
	现行犯需拘留	需事后报告	该级人大主席团或其常委会
乡镇人大代表	被逮捕、受刑事审判，或以其他方式法定方式限制人身自由	需事后报告	乡镇人大

① 对县级以上人大代表：如需逮捕、刑事审判，或以其他方式法定方式限制县级以上人大代表的人身自由，须经该级人大主席团或其常委会许可，如县级以上人大代表是现行犯被拘留的，应立即向上述机关报告。

② 对乡镇人大代表：如需逮捕、刑事审判，或以其他方式法定方式限制乡镇人大代表的人身自由，应立即向乡镇人大报告。

需要注意的是，读者对人大代表的特殊人身权利问题不能仅掌握《宪法》的规定，更主要的是掌握《人大代表法》的完整规定。用通俗的话来说，对县级以上人大代表比较客气，限制人身自由措施一般要先许可后执行（先奏后斩），只有对现行犯的拘留可以先执行后报告（先斩后奏）；对乡镇人大代表则要严格一点，可以先限制人身自由，只要事后报告就行了（先斩后奏）。此外注意报告或报批的机关。

真题演练

1. (2003-1-43)③ 刘某系某乡女村民，已生育三个女儿，现在又怀上了第四胎。乡、村两级干部决心把她作典型处理。于是，在某日一大早便破门而入，将还在睡梦中未及穿戴整齐的刘某强行带到村委会教育了一整天，并决定取消其读小学三年级的女儿“三好学生”的称号。根据我国宪法和法律，乡村干部的行为侵犯了刘某作为公民的哪些宪法权利？

- A. 人身自由
- B. 住宅不受侵犯
- C. 受教育的权利
- D. 人格尊严

2. (2003-1-87)④ 黄某系全国人大代表，因正常履行职务受到诬陷，被某市公安局刑事拘留。根据我国宪法和法律，下列何种表述是正确的？

① 《人大代表法》第30条、《地方组织法》第35条。

② 《人大代表法》第29条。

③ ABD。“教育了一整天”表明侵犯了人身自由，“破门而入”表明侵犯了住宅不受侵犯权，“未及穿戴整齐”表明侵犯了人格尊严，取消刘某女儿的荣誉称号侵犯了刘某女儿的荣誉权，但并不涉及刘某。

④ C。黄某是县以上人大代表+黄是现行犯+拘留=先斩后奏。此题略有瑕疵，因为被诬陷并不等于就是现行犯，但这也正体现了做题和做学问的区别，做题需要揣摩出题人心态。看得出来，出题人的心态倾向于“现行犯”，因为如果不是现行犯，只能选A或选B，不能选AB，但题目并没说是在全国人大开会期间还是闭会期间，选A选B都难以自圆其说，综合来看，选C更为合适。



- A. 该公安机关无权拘留黄某，除非得到全国人大会议主席团的许可
- B. 该公安机关无权拘留黄某，除非得到全国人大常委会的许可
- C. 该公安机关有权拘留黄某，但须立即向全国人大会议主席团或者全国人大常委会报告
- D. 该公安机关有权拘留黄某，但须立即向最高人民检察院报告
3. (2008-1-60)^① 我国《宪法》规定公民的住宅不受侵犯。下列哪些选项属于侵犯公民住宅的行为？
- A. 非法侵入公民住宅 B. 非法搜查公民住宅
- C. 非法买卖公民住宅 D. 非法出租公民住宅
4. (2008-1-94)^② 根据《宪法》和法律的规定，下列表述错误的是：
- A. 全国人大代表在全国人大各种会议上的活动不受法律追究
- B. 在全国人大闭会期间，全国人大代表未经选举单位人大常委会批准，不受逮捕和刑事审判
- C. 全国人大代表受原选举单位的监督
- D. 全国人大代表在全国人民代表大会开会期间，有权提出对国务院或者国务院各部、各委员会的质询案

考点八 经济社会文化权利

重点法条

《宪法》

★★★第九条 矿产、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。

国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。

★★第十条 城市的土地属于国家所有。

农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。

国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。

任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。

一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。

★★第十三条 公民的合法的私有财产不受侵犯。

国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。

① AB。注意住宅安全权（基本权利）与普通法律上的住宅权利（物权、债权等）的区别。

② AB。简单的识记题，宪法是“贝多芬”类的科目，只要认真地“背”了，一定能拿很“多”分。





★★第四十五条 中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。

国家和社会保障残废军人的生活，抚恤烈士家属，优待军人家属。

国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。

法学理论

★★★财产权与经济制度

★★社会文化权利

考点解析

（一）财产权与经济制度

制 度	(1) 所有制：公有制为主体、多种所有制共同发展； (2) 分配制度：按劳分配为主体、多种分配方式并存 ^①
公 有	(1) 国家专有：矿藏、水流、城市土地； (2) 国有或集体：森林、山岭、草原、荒地、滩涂、农村或城郊土地； (3) 集体专有：宅基地、自留山、自留地 ^②
私 有	(1) 非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分，国家保护非公有制经济的合法的权利和利益，国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理 ^③ ； (2) 公民的合法的私有财产不受侵犯，国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿 ^④

1. 我国的经济制度

(1) 在所有制结构上，我国以公有制为主体、多种所有制共同发展。

(2) 在分配制度上，我国以按劳分配为主体、多种分配方式并存。

2. 我国的公有制

我国的公有制分为国家专有、集体专有和既可国有又可集体所有三种类型。

(1) 国家专有：矿藏、水流、城市土地只能归国家所有。对于“矿藏”和“水流”，应从狭义理解，只有处于自然状态、没有经过人工处理的，才是宪法所说的“矿藏”和“水流”。2002 年第一卷第 6 题是其适例。

(2) 集体专有：宅基地、自留山和自留地，只能归集体所有；

(3) 既可国有又可集体所有：森林、山岭、草原、荒地、滩涂、农村或城郊土地，既可归国家所有，又可归集体所有。

3. 我国的非公有制

历经三次修宪（1988 年、1993 年、2004 年），非公有制经济的地位大大提高，是社会主义市场经济的重要组成部分，国家的政策是既要鼓励、支持和引导，又要监督和管理。

① 《宪法》第 6 条第 2 款。

② 《宪法》第 9 条、第 10 条。

③ 《宪法》第 11 条。

④ 《宪法》第 13 条，2004 年宪法修正案第 22 条。



4. 公民的私有财产权

1982年宪法规定的所有权概念并不包括财产权的所有内容,因为所有权只是财产权的一部分,并且将保护范围以列举方式加以规定,实际上仅限于生活资料。为了明确保护公民私有财产权,2004年宪法修正案以财产权代替了原宪法条文中的所有权,并确立了私有财产权不受侵犯的宪法原则。需要注意的是,宪法意义上的私有财产权不同于民法意义上的私有财产权,一个显见的区别就是前者对抗的是国家公权,而后者主要对抗私权。

(1) 公民合法的私有财产不受侵犯

① 私有财产的范围既包括生活资料,也包括生产资料。

② 宪法的保护仅限于合法的私有财产,并不保护不合法的私有财产,“合法”是一种严格的法律判断,是指财产的积累过程必须是合法的。

③ “不受侵犯”主要针对来自国家权力的侵犯,换言之,作为基本权利的财产权主要是针对公共权力而存在的,一旦被规定为宪法内容后就脱离民法上财产权的概念,为后者的保障提供法律基础。

(2) 私有财产权和继承权受保护

私有财产权从本质上说就是所有权,是指公民通过合法劳动或其他方式获得并占有一定财产的权利。

继承权是所有权的延伸,是公民合法财产转移的合法形式,要保护公民的财产权,就应当同时保护公民的继承权。

私有财产权和继承权实际上是从静态和动态两个方面保护公民合法的私有财产^①。

(3) 对私有财产的限制

国家为公益目的征收或征用私产要补偿。财产具有社会性,由之决定了财产权不是绝对的权利,而必然具有界限,根据公共利益,可以对私有财产进行适当限制。

① 限制的条件

首先,必须有法律的相关规定。这里的“法律”是狭义的,指全国人大及其常委会制定的法律,而不包括行政法规、规章、地方性法规等其他规范性文件。这意味着如果征收或征用的依据不是法律,则其性质是违宪的——当然也是违法的。从《立法法》来看,对私有财产权的限制属于《立法法》第8条法律相对保留的范畴。

其次,必须是为了公共利益。对公民财产权的限制必须基于公共利益,即社会整体利益,公共利益不同于团体、社会组织或商业的利益,应进行严格的限定。

再次,必须给予合理的补偿。这是因为征收和征用给权利人造成了不同程度和不同形式的财产损失,故从权利保护的角度给予合理补偿是十分必要的。

② 限制的方式

征收或征用。征收和征用都是国家为了公共利益对公民私有财产进行限制的方式,但两者的性质与功能是不同的。两者的主要区别是:

首先,征收是所有权的转移,征用是使用权的改变。

其次,征收既可在平常状态下适用,也可在紧急状态下适用,征用大多在紧急状态下适用,紧急状态结束后,被征用之物要归还给被征用人。

再次,征收对权利人的损害要大于征用,因此适用征收的条件和补偿标准比征用要高。

^① 2004年宪法修正案第20条和第22条表述为“依照法律规定”。

（二）社会文化权利

劳动权利	劳动权（劳动既是权利又是义务）；休息权；年老、疾病、丧失劳动能力时的获得物质帮助权 ^①
教育文化权利	受教育权（受教育既是权利又是义务）；文化权利包括从事科学研究、文艺创作等（不包括出版自由） ^②

1. 劳动权利

“劳动权利”不等于“劳动权”，劳动权利具体包括公民的劳动权、劳动者的休息权和公民的年老、疾病、丧失劳动能力时的获得物质帮助权。

（1）劳动权。劳动权是指一切有劳动能力的公民，有参加劳动和取得劳动报酬的权利。劳动权的基本内容是劳动就业权和取得报酬权。对于劳动权需要注意的是：①劳动权的主体不是所有公民，而是有劳动能力的公民；②劳动具有权利义务双重属性。

（2）休息权。休息权是指劳动者休息和休养的权利，休息权是劳动者获得生存权的必要条件，因此是一种非常重要的基本权利。对于休息权需要注意的是：①休息权从主体来看不同于劳动权，只有劳动者才享有休息权，如果有劳动能力而不劳动就没有休息权；②休息权中的“休息”指的是带薪休息，否则对于劳动者来说就没有意义。

（3）获得物质帮助权。获得物质帮助权是指公民在年老、疾病或者丧失劳动能力时，有获得国家物质帮助的权利，从基本权利体系来说，是社会保障权的一种。对于物质帮助权需要注意的是：①获得物质帮助权的主体是公民；②获得物质帮助的条件是公民年老、疾病或者丧失劳动能力三种情况之一；③实现公民的这种权利是国家必须履行的义务，国家负有积极干预的义务，如举办社会保险、社会救济、群众卫生事业等。

只在年老、疾病、丧失劳动能力三种情形下才能行使。

2. 教育文化权利

（1）受教育权。受教育权是公民接受文化、科学等方面教育训练的权利，既包括平等地享受教育的权利，也包括要求国家提供教育机会的请求权。对于受教育权，需要注意的是，受教育既是公民的基本权利，也是基本义务。

（2）文化权利。文化权利包括三个方面的内容，即从事科学研究的权利、文化创作的权利和从事其他文化活动的权利。对于文化权利需要注意的是出版自由不是文化权利而是政治自由。

真题演练

1. （2002 - 1 - 6）^③ 张家村与李家村毗邻，李家村的用水取自流经张家村的小河，多年来两村经常因用水问题发生冲突。2001 年春，为根本解决问题，县政府决定将这条小河的水流交给乡水管站统一调配。张家村人认为：小河历史上就属于张家村所有，县政府无权将这条河的水流交乡水管站统一调配，遂将县政府告上法院。请问：根据现行宪法和法律，下列哪一说法是正确的？

① 《宪法》第 42 ~ 45 条。

② 《宪法》第 46 条、第 47 条。

③ C. 水流属于国家专有。





A. 张家村告得有理, 因为水流属于村民集体所有, 政府无权收归国有
B. 张家村告得有理, 因为这条小河的河床属于张家村集体所有, 这条小河里的水流当然也属于村民集体支配

C. 县政府的决定合法, 因为水流属于国家所有, 政府当然有权调配河水的供应
D. 县政府的决定合法, 因为水流虽然居于张家村所有, 但李家村人也应享有喝水用水的权利, 为解决李家村用水问题, 政府可以将水流供应统一调配

2. (2004-1-7)^① 根据我国宪法规定, 下列关于私有财产权的表述哪一项是不正确的?

A. 公民合法的私有财产不受侵犯
B. 国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权
C. 任何人不得剥夺公民的私有财产
D. 国家为了公共利益的需要, 可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿

3. (2007-1-60)^② 宪法规定公民享有的下列社会经济权利、文化教育权利中, 哪些不属于公民可以积极主动地向国家提出请求的权利?

A. 受教育权 B. 财产权
C. 继承权 D. 劳动权

4. (2008-1-17)^③ 根据现行《宪法》规定, 关于公民权利和自由, 下列哪一选项是正确的?

A. 劳动、受教育和依法服兵役既是公民的基本权利又是公民的基本义务
B. 休息权的主体是全体公民
C. 公民在年老、疾病或者未丧失劳动能力的情况下, 有从国家和社会获得物质帮助的权利

D. 2004 年《宪法修正案》规定, 国家尊重和保障人权

5. (2009-1-22)^④ 关于经济制度与宪法关系, 下列哪一选项是错误的?

A. 自德国魏玛宪法以来, 经济制度便成为现代宪法的重要内容之一
B. 宪法对经济关系特别是生产关系的确认与调整构成一国的基本经济制度
C. 我国宪法修正案第十六条规定, 法律范围内的非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分

D. 私有财产神圣不可侵犯是我国宪法的一项基本原则

6. (2009-1-23)^⑤ 关于文化教育权利是公民在教育和文化领域享有的权利和自由的说法, 下列哪一选项是错误的?

A. 受教育既是公民的权利, 又是公民的义务
B. 宪法规定的文化教育权利是公民的基本权利

① C. ABD 本身就是考点, 需熟记。

② BC. 宪法上的财产权和继承权一般向是其他平等的民事主体行使, 只有受到侵害时才能向国家请求保护。公民可以主动向国家请求提供教育和劳动机会。此题似易实难。

③ D. 识记题, 跨度稍微有点大。

④ D. 比较简单的识记题。

⑤ D. 此题最好用排除法。

- C. 我国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由
D. 同社会经济权利一样，文化教育权利属于公民的积极收益权

考点九 基本权利效力和基本权利限制的界限

法学理论

- ★★基本权利效力
★★基本权利限制的界限

考点解析

1. 基本权利效力

(1) 基本权利效力是基本权利对社会生活领域产生的拘束力，其目的在于保障宪法规定的人权价值的实现。基本权利效力来源于宪法本身的效力，通过具体主体的权利活动体现基本权利的价值。

(2) 基本权利效力的特点：①基本权利效力的广泛性，即基本权利拘束一切国家权力活动与社会生活领域。②基本权利效力的具体性，即基本权利的效力通常在具体的事件中得到实现。③基本权利效力的现实性，即基本权利不必一定通过部门法得到具体化。四是基本权利效力的可诉性，即对于基本权利的争议，应通过具体的诉讼或其他形式得到解决。

(3) 基本权利效力体现为对立法权、行政权和司法权的制约。

2. 基本权利限制界限

(1) 限制的内容：剥夺一部分主体的基本权利、停止行使某种基本权利、出于社会公益，对基本权利特殊主体的活动进行限制，简称“剥、停、限”。

(2) 限制的目的：维护社会秩序、保障国家安全、维护公共利益。

(3) 限制的基本形式：如下表所示。

内在的限制	(1) 从基本权利概念的本身进行必要的限定； (2) 通过具体附加的文句对其范围进行限定
外在的限制（宪法和法律的限制）	(1) 宪法的限制：指宪法本身规定了基本权利的界限； (2) 法律的限制：①两种功能：一方面限制基本权利，或者说权利不能无限滥用，另一方面是对行政权的限制，或者说除了法律（立法权）以外，其他任何权力均不能限制基本权利；②两种形式：法律的一般保留，指保留适用于所有的基本权利，或者说所有的基本权利都要受法律的限制，没有法律限制不了的基本权利；法律的个别保留，指根据法律的具体条文来限制基本权利。实际上，一般保留和个别保留有时会重复。我国采取的是一般保留
紧急状态下的限制	国家发生紧急状态时，为了国家利益或公共利益，国家公权可以对基本权利进行合理限制



第四讲 官员及其任免制度

【本讲概要】 本讲为宪法上的“人”的第二部分，讲解我国宪政框架下的“官员”任免。本讲从纵向解析中央主要官员任免制度、地方主要官员任免制度，以中央主要官员任免制度为核心考点。

考点一 中央主要官员及其任免

重点法条

《宪法》

★★★第六十二条 全国人民代表大会行使下列职权：

……

（四）选举中华人民共和国主席、副主席；

（五）根据中华人民共和国主席的提名，决定国务院总理的人选；根据国务院总理的提名，决定国务院副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长的人选；

（六）选举中央军事委员会主席；根据中央军事委员会主席的提名，决定中央军事委员会其他组成人员的人选；

（七）选举最高人民法院院长；

（八）选举最高人民检察院检察长；

……

★★★第六十三条 全国人民代表大会有权罢免下列人员：

（一）中华人民共和国主席、副主席；

（二）国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长；

（三）中央军事委员会主席和中央军事委员会其他组成人员；

（四）最高人民法院院长；

（五）最高人民检察院检察长。

★★★第六十七条 全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：

……

（九）在全国人民代表大会闭会期间，根据国务院总理的提名，决定部长、委员会主任、审计长、秘书长的人选；

（十）在全国人民代表大会闭会期间，根据中央军事委员会主席的提名，决定中央军事委员会其他组成人员的人选；

（十一）根据最高人民法院院长的提请，任免最高人民法院副院长、审判员、审判委

委员会委员和军事法院院长；

(十二) 根据最高人民检察院检察长的提请，任免最高人民检察院副检察长、检察员、检察委员会委员和军事检察院检察长，并且批准省、自治区、直辖市的人民检察院检察长的任免；

(十三) 决定驻外全权代表的任免；

(十四) 决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除；

.....

★★★第八十条 中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，公布法律，任免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长，授予国家的勋章和荣誉称号，发布特赦令，宣布进入紧急状态，宣布战争状态，发布动员令。

【关联法条】

《法官法》

★★★第十一条 法官职务的任免，依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理。

最高人民法院院长由全国人民代表大会选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会任免。

.....

《检察官法》

★★★第十二条 检察官职务的任免，依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理。

最高人民检察院检察长由全国人民代表大会选举和罢免，副检察长、检察委员会委员和检察员由最高人民检察院检察长提请全国人民代表大会常务委员会任免。

.....

法学理论

★★★最重要的中央官员之任免

★★★次重要的中央官员之任免

★★★不重要的中央官员之任免

考点解析

职 位		任 命		免 职
全国人大常委会组成人员		本级人大选举	《选举法》第2条	本级人大罢免（见《选举法》第50条）
国家元首		全国人大选举	《宪法》第79条	全国人大罢免（见《宪法》第63条）
国务院	国务院总理	国家主席提名，全国人大决定，国家主席任命	《宪法》第80条	
	副总理与国务委员	总理提名，全国人大决定，国家主席任命	《宪法》第62条第5项	
	国务院部门首长	总理提名，全国人大或常委会决定，国家主席任命	《宪法》第62条第5项，第67条第9项	全国人大或常委会罢免（见《宪法》第63条、第67条第9项）



(续表)

职 位		任 命		免 职
中央军委	中央军委主席	全国人大选举	《宪法》第 62 条第 6 项	全国人大罢免（见《宪法》第 63 条）
	中央军委副主席	军委主席提名，全国人大或其常委会决定	《宪法》第 62 条第 6 项	全国人大或其常委会罢免（见《宪法》第 63 条，第 67 条第 10 项）
	中央军委委员	军委主席提名，全国人大或其常委会决定	《宪法》第 62 条第 6 项	
法院	最高人民法院院长	全国人大选举	《宪法》第 62 条，第 67 条，《法官法》第 11 条	全国人大罢免（见《宪法》第 63 条）
	副院长、审判委员会、庭长、副庭长和审判员	由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会决定		由最高人民法院院长提请全国人大常委会决定（见《宪法》第 63 条）
	助理审判员	最高人民法院院长	《检察官法》第 12 条	最高人民法院院长
检察院	最高人民法院检察长	全国人大选举	《宪法》第 62 条，第 67 条，《检察官法》第 12 条	全国人大罢免（见《宪法》第 63 条）
	副检察长、检察委员会和检察员	最高人民检察院检察长提请全国人民代表大会常务委员会决定		最高人民法院检察长提请全国人大常委会决定（见《宪法》第 67 条第 12 项）
	助理检察员	最高人民法院院长	《检察官法》第 12 条	最高人民检察院检察长
连任	全国人大常委会委员长、副委员长，国家主席、副主席，国务院总理、副总理、国务委员，最高人民法院院长，最高人民检察院检察长连任不得超过两届（见《宪法》第 66 条、第 79 条、第 87 条、第 124 条、第 130 条）			

官员的任免，法条本身很分散，而且任和免交叉，好在仍有主线可循，这个主线就是不同职位的重要性。从不同职位的重要性放眼望去，任免机关的规律性昭然若揭。就中央官员而言，这个规律体现在依职位重要性从高到低的降序排列，其任免机关相应地为全国人大——全国人大或其常委会——全国人大常委会。

可以先将中央官员分为三个部分：

最重要的中央官员：包括全国人大常委会全体组成人员、国家主席、中央军委主席、最高人民法院院长、最高人民检察院院长、国务院总理、副总理和国务委员。

次重要的中央官员：包括国务院部门首长、中央军委副主席、中央军委委员。即在行政系统和军事系统担任较为次要职务的官员。

不重要的中央官员：包括最高人民法院和最高人民检察院中副院长以下官员，但不包括助理审判员和助理检察员。

其间的线索就是，最重要的中央官员，其任免权由全国人大行使；次重要的中央官员，其任免权既可由全国人大行使，又可由全国人大常委会行使；不重要的中央官员，其任免权由全国人大常委会行使。接下来展开进行分析。

1. 最重要的中央官员之任免

(1) 最重要的中央官员之任命。最重要的中央官员均由全国人大产生，但方式分为选举产生和决定产生：①全国人大常委会全体组成人员、国家主席、中央军委主席、最高人民法院院长、最高人民检察院院长由全国人大选举产生。②国务院总理、副总理和国务委员经全国人大决定产生，但提名主体不同——国务院总理由国家主席提名，副总理和





国务委员由国务院总理提名。以上可简记为“两高两主席依选举，（政府）国委以上依决定”。

（2）最重要的中央官员之罢免。最重要的中央官员也是由全国人大罢免，这与任命完全一致。

2. 次重要的中央官员之任免

（1）次重要的中央官员之任命。次重要的中央官员，由全国人大或全国人大常委会决定产生：包括国务院部门首长、中央军委副主席、中央军委委员，注意提名主体为各自系统的首长。

有必要指出的是，国务院的副总理、国务委员与国务院的部门首长相比，虽然都是由国务院总理提名，但副总理和国务委员由全国人大决定产生，而部门首长由全国人大或全国人大常委会决定产生，换言之，全国人大常委会不能决定副总理和国务委员的任免。

（2）次重要的中央官员之罢免。次重要的中央官员也是由全国人大或其常委会罢免，这与任命完全一致。

3. 不重要的中央官员之任免

（1）不重要的中央官员之任命。不重要的中央官员，由全国人大常委会决定产生。不重要的中央官员包括最高人民法院其他官员（副院长以下，但不含助理审判员）、最高人民检察院其他官员（副检察长以下，但不含助理检察员），注意提请主体分别是最高人民法院的院长和最高人民检察院的院长。

（2）不重要的中央官员之罢免。不重要的中央官员也是由全国人大常委会决定罢免，提请罢免的主体分别是最高人民法院的院长和最高人民检察院的院长，这与任命完全一致。

此外需要注意的是，行政系统的中央官员（包括总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长）除了需要经过上述程序之外，在形式上还需要由国家主席进行任免（《宪法》第80条）。

真题演练

1. (2005-1-10)^① 根据我国现行宪法规定，担任下列哪一职务的人员，应由国家主席根据全国人大和全国人大常委会的决定予以任免？

- A. 国家副主席
- B. 国家军事委员会副主席
- C. 最高人民法院副院长
- D. 国务院副总理

2. (2009-1-20)^② 根据《全国人大组织法》规定，下列关于全国人大代表团的哪一说法是正确的？

- A. 代表团团长、副团长由各代表团全体成员选举产生
- B. 两个代表团以上可以向全国人大提出属于全国人大职权范围内的议案

^① D.《宪法》第80条。

^② C。

C. 三个以上的代表团可以提出对于全国人大常委会的组成人员，国家主席、副主席，国务院和中央军事委员会的组成人员，最高人民法院院长和最高人民检察院检察长的罢免案

D. 一个代表团和三十名以上的代表可以联合提出对国务院及其各部、各委员会的质询案

考点二 地方主要官员及其任免

重点法条

《地方组织法》

★★★第八条 县级以上地方各级人民代表大会行使下列职权：

……

(五) 选举省长、副省长，自治区主席、副主席，市长、副市长，州长、副州长，县长、副县长，区长、副区长；

(六) 选举本级人民法院院长和人民检察院检察长；选出的人民检察院检察长，须报经上一级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准；

……

★★第十条 地方各级人民代表大会有权罢免本级人民政府的组成人员。县级以上地方各级人民代表大会有权罢免本级人民代表大会常务委员会的组成人员和由它选出的人民法院院长、人民检察院检察长。罢免人民检察院检察长，须报经上一级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准。

★★★第二十一条 县级以上地方各级人民代表大会常务委员会的组成人员，乡、民族乡、镇的人民代表大会主席、副主席，省长、副省长，自治区主席、副主席，市长、副市长，州长、副州长，县长、副县长，区长、副区长，乡长、副乡长，镇长、副镇长，人民法院院长，人民检察院检察长的人选，由本级人民代表大会主席团或者代表依照本法规定联合提名。

省、自治区、直辖市的人民代表大会代表三十人以上书面联名，设区的市和自治州的人民代表大会代表二十人以上书面联名，县级的人民代表大会代表十人以上书面联名，可以提出本级人民代表大会常务委员会组成人员，人民政府领导人员，人民法院院长，人民检察院检察长的候选人。乡、民族乡、镇的人民代表大会代表十人以上书面联名，可以提出本级人民代表大会主席、副主席，人民政府领导人员的候选人。不同选区或者选举单位选出的代表可以酝酿、联合提出候选人。

主席团提名的候选人人数，每一代表与其他代表联合提名的候选人人数，均不得超过应选名额。

提名人应当如实介绍所提名的候选人的情况。

★★★第四十四条 县级以上地方各级人民代表大会常务委员会行使下列职权：

……

(九) 在本级人民代表大会闭会期间，决定副省长、自治区副主席、副市长、副州长、副县长、副区长的个别任免；在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和人民法院院长、人民检察院检察长因故不能担任职务的时候，从本级人民政府、人民法院、人民检





察院副职领导人员中决定代理的人选；决定代理检察长，须报上一级人民检察院和人民代表大会常务委员会备案；

（十）根据省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长的提名，决定本级人民政府秘书长、厅长、局长、委员会主任、科长的任免，报上一级人民政府备案；

（十一）按照人民法院组织法和人民检察院组织法的规定，任免人民法院副院长、庭长、副庭长、审判委员会委员、审判员，任免人民检察院副检察长、检察委员会委员、检察员，批准任免下一级人民检察院检察长；省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会根据主任会议的提名，决定在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的中级人民法院院长的任免，根据省、自治区、直辖市的人民检察院检察长的提名，决定人民检察院分院检察长的任免；

（十二）在本级人民代表大会闭会期间，决定撤销个别副省长、自治区副主席、副市长、副州长、副县长、副区长的职务；决定撤销由它任命的本级人民政府其他组成人员和人民法院副院长、庭长、副庭长、审判委员会委员、审判员，人民检察院副检察长、检察委员会委员、检察员，中级人民法院院长，人民检察院分院检察长的职务；

……

【关联法条】

《检察官法》

★★★第十二条 检察官职务的任免，依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理。

最高人民检察院检察长由全国人民代表大会选举和罢免，副检察长、检察委员会委员和检察员由最高人民检察院检察长提请全国人民代表大会常务委员会任免。

地方各级人民检察院检察长由地方各级人民代表大会选举和罢免，副检察长、检察委员会委员和检察员由本院检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免。

地方各级人民检察院检察长的任免，须报上一级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准。

在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的人民检察院分院检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员由省、自治区、直辖市人民检察院检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免。

人民检察院的助理检察员由本院检察长任免。

军事检察院等专门人民检察院检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员的任免办法，由全国人民代表大会常务委员会另行规定。

《法官法》

★★第十一条 ……

地方各级人民法院院长由地方各级人民代表大会选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由本院院长提请本级人民代表大会常务委员会任免。

在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的中级人民法院院长，由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会根据主任会议的提名决定任免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由高级人民法院院长提请省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会任免。

……

★★★地方官员的任免

★★★地区和直辖市中级人民法院或检察院分院官员的任免

★★官员任免的其他问题

考点解析

机 关	官 员	提 名	任 命	罢 免
地方 人大 常委会	组 成 人 员 (含乡镇人大主 席、副主席)	本级人大 主席团或代 表联合提名	本级人大选举(见《选举法》第 2条)	本级人大罢免(见《选举法》第 50条)
地方 政府	首 长 (含乡 镇副首长)	(《地方组 织法》第 21条,下 同)	本级人大选举(见《地方组织 法》第8条第5项、第9条第7 项,第21条)	本级人大罢免(见《地方组织 法》第10条)
	副 首 长 (除 乡镇副首长)		本级人大选举或常委会决定(见 《地方组织法》第8条、第44条)	本级人大或其常委会免职(见《地 方组织法》第10条、第44条)
	部门首长	行政首长	本级人大常委会决定(见《地 方组织法》第44条第10项)	本级人大或其常委会免职(见《地 方组织法》第10条、第44条)
法 院	各级法院院长	一般:本级人大主席团或代表联合提名,本级人大选举(见《法官法》第11条第3款)		
		例外:地区和直辖市中院,省级高院院长提名,省级人大常委会任免(见《法官法》第11条第4款)		
	法院其他官员	一般:本院院长提名,本级人大常委会任免(见《法官法》第11条第2款)		
		例外:地区和直辖市中院,省级高院院长提名,省级人大常委会任免(见《法官法》第11条第4款)		
	助理审判员	本院院长任命(见《法官法》第11条)		
检 察 院	各级检察长	一般:本级人大主席团或代表联合提名,本级人大选举,地方检察长被选举后须由上一级检察长报上一级人大常委会批准(见《检察官法》第12条第2~4款)		
		例外:地区和直辖市分院,由省级检察长提名,省级人大常委会任免(见《检察官法》第12条第5款)		
	检察院 其他官员	一般:本院检察长提名,本级人大常委会任免(见《检察官法》第12条第2~4款)		
		例外:地区和直辖市分院,省级检察院的检察长提名,省级人大常委会任免(见《检察官法》第12条第5款)		
	助理检察员	本院院长任命(见《检察官法》第12条)		

地方官员,概略来说,从纵向可分为省、市、县、乡四级,^①从横向可分为人大、政府、法院和检察院四类。这“四纵四横”就是地方官员系统的框架。地方官员与中央官员的任免机关类似,也是依职位重要性从高到低的降序排列,任免机关相应地为“本级人大——本级人大或其常委会——本级人大常委会”三个层次。

1. 地方官员的任免

(1) 本级人大选举和罢免:地方政府首长(含乡镇副首长)、各级人民法院院长、各

^① 此处的省级,指省、自治区和直辖市;此处的市级,指自治州和设区的市(即通常所谓的“地级市”);此处的县级,指县、自治县、不设区的市和市辖区;此处的乡级,指乡、民族乡和镇。





级检察院院长，由本级人大选举和罢免，但地方各级检察长被选举后须由上一级检察长报上一级人大常委会批准。

(2) 本级人大选举或常委会决定任免：地方政府副首长（除乡镇副首长）。

(3) 本级人大常委会决定任免：地方政府部门首长、法院其他官员（副院长以下，但不含助理审判员）、检察院其他官员（副检察长以下，但不含助理检察员）。

2. 地区和直辖市中级人民法院或检察院分院官员的任免

此外掌握一个特殊情形：“地区和直辖市中级人民法院或检察院分院官员的任免”：地区和直辖市的中级人民法院或检察院分院，由于没有同一级别的人大，其官员的任免，也就与众不同：

(1) 地区和直辖市的中级人民法院的院长，由省级人大常委会的主任会议提名，由省级人大常委会决定任免；其他官员（副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员）由省级高院院长提名，由省级人大常委会任免。

(2) 地区和直辖市的检察分院的院长和其他官员，统一由省级人民检察院检察长提名，由省级人大常委会任免。下面用表格来归纳^①。

机 关	职 位	提 名	决定任免
地区和直辖市 中级人民法院	院长	省级人大常委会主任会议	省级人大常委会
	其他官员	省级高院院长	
地区和直辖市 检察院分院	检察长	省级检察院检察长	
	其他官员		

3. 官员任免的其他问题

通过以上分析，可把握中央和地方官员任免的主要脉络，以下为几个附带的小问题：

(1) 连任问题：只有中央的重要官员才有连任不得超过两届的限制，地方官员没有连任限制。

(2) 提名问题：中央官员只有中央政府总理以下（含总理）和中央军委副主席以下（含副主席）需要提名，较易掌握。容易被考到的是地方官员的提名：

① 地方各级人大常委会组成人员及乡镇人大的主席和副主席、地方各级政府的正副首长、法院院长和检察院检察长，由本级人大主席团或代表联合提名。

根据《地方组织法》第21条，代表提名的，对省级官员需要30名以上代表以上书面联名，对市级官员需要20名以上代表书面联名，对县级以下官员需要10名以上代表书面联名。

② 其他官员，由本机关正职首长提名。

(3) 国家主席补缺制度，参见“国家元首（国家主席）”部分。

(4) 各级法院的助理审判员由本院院长任免，各级检察院的助理检察员由本院检察长任免。

^① 注意：由于决定机关都是省级人大常委会，而考试又偏爱那些“例外的”知识点，故复习重点显然应放在提名主体上，其中又特别注意中院院长的提名。

真题演练

(2006-1-93)^① 某县召开第十届人民代表大会第一次会议，选举产生新一届县人民政府。根据我国《宪法》和法律的规定，下列哪种做法是错误的？

- A. 李某被人民代表联名提名为县长候选人，但大会主席团认为李某已连任两届县长，不能再担任新一届政府的县长，决定取消其候选人资格
- B. 王某被人民代表大会选举为县长后，提名张某为副县长候选人
- C. 县人民代表大会决定，根据本县经济不发达的实际情况，不设立交通局、商业局和审计局
- D. 根据经济发展的需要，县人民代表大会通过决议，授权新一届县政府决定本县预算的变更



^① ABCD。此题综合性极强，有刁难考生之意。A项考了连任制度，B项考了提名制度，C项考了地方政府机构的设增减并（见《地方组织法》第64条），D项考了县级人大职权。

第五讲 国家权力的横向配置

【本讲概要】 本讲为“宪法上的国家”的第一部分。宪法以限制公权，保障民权为基本精神，“宪法上的国家”，旨在揭示我国的国家权力是如何在纵横两个方向进行配置的，包括两部分内容，首先是国家权力的横向配置，即国家机构；其次是国家权力的纵向配置，即国家结构形式。本讲对国家权力的横向配置进行了分析，主要内容是国家机构概述、国家权力机关、国家元首、行政机关、军事机关、司法机关，以国家权力机关为核心考点。

考点一 国家机构概述

法学理论

- ★我国的政体
- ★国家机构组织和活动的原则

考点解析

1. 我国的政体（议行合一的人民代表大会制度）

逻辑起点（人民）	一切国家权力属于人民是人民代表大会的逻辑起点
前提（代表）	选民民主选举代表是人民代表大会制度的前提
核心（大会）	以人民代表大会为基础建立全部国家机构是人民代表大会制度的核心
关键（人民）	对人民负责、受人民监督是人民代表大会制度的关键

2. 国家机构组织和活动的原则

民主集中制	①在国家机构与人民关系上：国家权力来自人民，由人民组织国家机构；②在同级国家机构中：国家权力机关居于主导地位；③在中央与地方国家机构关系上：中央统一领导，发挥地方主动性、积极性
法治原则	①国家机关的设立合法；②国家机关的权力来源合法；③国家机关的工作程序和工作结果合法；④对国家机关的违法行为必须纠正并追究责任
责任制	①人大及其常委会、法院、检察院实行集体负责制；②行政机关与军事机关实行个人负责制
为人民服务	①一切工作从最大多数人的最高利益出发；②工作方法要从群众中来，到群众中去；③广泛吸引人民群众参加国家管理；④倾听群众批评和意见，接受人民群众监督
精简效率	①转变政府职能（政企分开、政事分开、政资分开）；②明确机关职权；③提高人员素质

以上内容极少出题，但有助于理解后续内容，故仍列出，有大致印象即可。

考点二 权力机关之组织

重点法条

《宪法》

★★第六十条 全国人民代表大会每届任期五年。

全国人民代表大会任期届满的两个月以前，全国人民代表大会常务委员会必须完成下届全国人民代表大会代表的选举。如果遇到不能进行选举的非常情况，由全国人民代表大会常务委员会以全体组成人员的三分之二以上的多数通过，可以推迟选举，延长本届全国人民代表大会的任期。在非常情况结束后一年内，必须完成下届全国人民代表大会代表的选举。

★★第六十五条 全国人民代表大会常务委员会由下列人员组成：

委员长，
副委员长若干人，
秘书长，
委员若干人。

全国人民代表大会常务委员会组成人员中，应当有适当名额的少数民族代表。

全国人民代表大会选举并有权罢免全国人民代表大会常务委员会的组成人员。

全国人民代表大会常务委员会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。

★★第六十六条 全国人民代表大会常务委员会每届任期同全国人民代表大会每届任期相同，它行使职权到下届全国人民代表大会选出新的常务委员会为止。

委员长、副委员长连续任职不得超过两届。

★★第七十条 全国人民代表大会设立民族委员会、法律委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会、外事委员会、华侨委员会和其他需要设立的专门委员会。在全国人民代表大会闭会期间，各专门委员会受全国人民代表大会常务委员会的领导。

.....

★★第七十一条 全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会认为必要的时候，可以组织关于特定问题的调查委员会，并且根据调查委员会的报告，作出相应的决议。

.....

【关联法条】

《选举法》

★★第十一条 地方各级人民代表大会的代表名额，按照下列规定确定：

（一）省、自治区、直辖市的代表名额基数为三百五十名，省、自治区每十五万人可以增加一名代表，直辖市每二万五千人可以增加一名代表；但是，代表总名额不得超过一千名；

（二）设区的市、自治州的代表名额基数为二百四十名，每二万五千人可以增加一名





代表；人口超过一千万的，代表总名额不得超过六百五十名；

（三）不设区的市、市辖区、县、自治县的代表名额基数为一百二十名，每五千人可以增加一名代表；人口超过一百六十五万的，代表总名额不得超过四百五十名；人口不足五万的，代表总名额可以少于一百二十名；

（四）乡、民族乡、镇的代表名额基数为四十名，每一千五百人可以增加一名代表；但是，代表总名额不得超过一百六十名；人口不足二千的，代表总名额可以少于四十名。

按照前款规定的地方各级人民代表大会的代表名额基数与按人口数增加的代表数相加，即为地方各级人民代表大会的代表总名额。

自治区、聚居的少数民族多的省，经全国人民代表大会常务委员会决定，代表名额可以另加百分之五。聚居的少数民族多或者人口居住分散的县、自治县、乡、民族乡，经省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会决定，代表名额可以另加百分之五。

《地方组织法》

★★第三十条 省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民代表大会根据需要，可以设法制（政法）委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会等专门委员会。各专门委员会受本级人民代表大会领导；在大会闭会期间，受本级人民代表大会常务委员会领导。

各专门委员会的主任委员、副主任委员和委员的人选，由主席团在代表中提名，大会通过。在大会闭会期间，常务委员会可以任免专门委员会的个别副主任委员和部分委员，由主任会议提名，常务委员会会议通过。

★第三十二条 乡、民族乡、镇的每届人民代表大会第一次会议通过的代表资格审查委员会，行使职权至本届人民代表大会任期届满为止。

★★第四十五条 常务委员会会议由主任召集，每两个月至少举行一次。

常务委员会的决议，由常务委员会以全体组成人员的过半数通过。

★第五十条 县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会设立代表资格审查委员会。

代表资格审查委员会的主任委员、副主任委员和委员的人选，由常务委员会主任会议在常务委员会组成人员中提名，常务委员会会议通过。

法学理论

★★全国人大及其常委会的职权

★★★权力机关之组成

★★★代表的任职制度

★★权力机关的下设机构

	全国人大及其常委会	地方人大及其常委会
组成	(1) 人大的组成：全国人大由各省、自治区、直辖市、特别行政区、军队代表不超过 3 000 人组成（见《选举法》第 15 条）；地方人大根据基数、人口、民族等因素确定代表人数（见《选举法》第 11 条）； (2) 人大常委会的组成：县级以上人大常委会由代表中选出的正副委员长（全国）或正副主任（地方）、秘书长（市以上）、委员若干人组成（见《宪法》第 65 条、《地方组织法》第 41 条）	
任期任职	(1) 各级人大及其常委会任期均为 5 年，注意非常情况 ^① （见《宪法》第 60 条、第 98 条）； (2) 各级人大常委会自下届常委会产生才结束本届任期 ^② ； (3) 各级人大常委会成员不得兼任行政、审判、检察机关职务，乡镇人大正副主席不得担任行政机关职务 ^③	
下设机构	(1) 各级均设：代表资格审查委员会（乡镇设于人大，县级以上设于人大常委会） ^④ (2) 县级以上设： ① 常委会（见《宪法》第 57 条，《地方组织法》第 40 条）； ② 委员长会议（在全国，由正、副委员长和秘书长组成，见《宪法》第 68 条）或主任会议（在地方，由正、副主任组成，市级以上还包括秘书长，见《地方组织法》第 48 条）； ③ 调查委员会（人大及其常委会均可设立 ^⑤ ）。 (3) 市级以上人大设：常设性专门委员会（注意全国人大目前共有 9 个常设性专门委员会 ^⑥ ）	

（一）全国人大及其常委会的职权^⑦

1. 全国人大的职权^⑧

- (1) 修改和监督宪法实施，注意具体程序。
- (2) 立法权，注意法律绝对保留。
- (3) 人事权，分为选举和决定两类，注意不同对象。
- (4) 治理权：听取两高、国务院、全国人大常委会的工作报告并作出相应决议。
- (5) 重大国事决定权，包括审查和批准国民经济和社会发展计划和计划执行情况的报告，审查和批准国家的预算和预算执行情况的报告，批准省、自治区和直辖市的建置，决定特别行政区的设立及其制度；决定战争和和平的问题。
- (6) 其他方面：保留了最终的裁量和决定权，是人民主权原则的体现。

2. 全国人大常委会的职权^⑨

- (1) 宪法解释和宪法监督。
- (2) 立法权和法律解释权（立法解释）。注意：
 - ① 在立法权上，全国人大常委会只能制定基本法律以外的其他法律，可以对全国人大制定的基本法律进行部分的补充和修改，但不得与该基本法律的基本原则相抵触。

① 全国人大任满前 2 个月，其常委会应完成下届人大代表的选举；非常情况下不能选举的，经常委会 2/3 以上委员决定可以推迟选举并延长本届人大任期，但非常情况结束后 1 年内应当完成选举。

② 《宪法》第 66 条，《地方组织法》第 42 条。

③ 《宪法》第 60 条、第 98 条。

④ 《全国人大组织法》第 3 条，《地方组织法》第 32 条、第 50 条。

⑤ 《宪法》第 71 条，《地方组织法》第 52 条。

⑥ 《宪法》第 70 条，《地方组织法》第 30 条。

⑦ 本书其他部分有具体论述，这里是扼要的归纳。

⑧ 《宪法》第 62 条、第 63 条。

⑨ 《宪法》第 67 条。





② 立法解释的原因：一为法律的规定需要进一步明确含义，一为法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据。

③ 立法解释的启动主体：“两高一院三委”（最高法院、最高检察院、国务院、中央军委、省级人大常委会、全国人大专门委员会^①）可以向全国人大常委会提出立法解释的要求；其他主体可以提出立法解释的建议。

④ 立法解释的效力：立法解释同法律具有同等效力，高于两高的司法解释和国务院的行政解释。

（3）人事权，参见前述“中央官员的任免”相关内容。

（4）重大国事决定权：在全国人民代表大会闭会期间，审查和批准国民经济和社会发展规划、国家预算在执行过程中所必须作的部分调整方案；决定驻外全权代表的任免；决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除；规定军人和外交人员的衔级制度和其他专门衔级制度；规定和决定授予国家的勋章和荣誉称号；决定特赦；在全国人民代表大会闭会期间，如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况，决定战争状态的宣布；决定全国总动员或者局部动员；决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态。

（5）监督其他国家机关，包括质询权等。

（6）全国人大授予的其他职权。

（二）权力机关之组成

（1）各级人大的组成：人大代表是各级人大均有的基本元素，代表团则为全国人大所独有。确定各级人大代表人数的计算方法过于复杂，可不掌握。

（2）各级人大常委会的组成：各级人大常委会一般由正副首长（全国人大为正副委员长，地方各级人大为正副主任）、秘书长（市以上）和委员若干人组成。注意县级以上人大才有常委会，市级以上人大常委会才有秘书长（注意：县政府也没有秘书长）。

（三）代表的任职制度

（1）自2004年修宪后，我国各级人大代表的任期均为5年。

（2）如果出现《宪法》第60条所述的“非常情况”，全国人大常委会（而非全国人大）的2/3以上多数可以决定推迟选举，而且这种推迟可以无限期。

（3）兼职问题：各级人大只有常委会的组成人员不能兼职，但其他代表可以兼任行政或法检职务。乡镇人大的正副主席不能兼任行政机关职务，但完全可以兼任审判、检察机关职务（如乡镇派出法庭的庭长可以被选为乡镇人大主席）。

（四）权力机关的下设机构

1. 设置规则

从设立来看，权力机关的下设机构可以分为“各级都可设立、县级以上设立、市级以上设立”三种类型。

（1）各级都可设立：代表资格审查委员会各级都有，但只有乡级设在人大，其余都设在人大常委会。

（2）县级以上设立：县级以上人大可设三种委员会，即人大常委会、委员长会议和调

^① 注意将立法解释的启动主体与违宪审查的启动主体相区别，后者没有专门委员会。



查委员会，其中调查委员会既可设于人大，亦可设于人大常委会。

(3) 市级以上设立：专门委员会只有设区的市以上人大才能设立。

2. 专门委员会

(1) 组成：由主任、副主任和委员组成，均为本级人大代表，由本级人大或常委会选出，可聘专家为顾问。

(2) 职权：包括审、提、监、质、建五项，分别指审议本级人大及其常委会交付的议案权，提出议案权，立法监督权（审查下位法）并向本级大会或其常委会报告，审议本级大会主席团或其常委会交付的质询案并向本级大会主席团或其常委会报告，审议与本委员会相关的问题，进行调研并提出建议。

3. 调查委员会

(1) 设立：县级以上人大及其常委会均可设立调查委员会。

县级以上人大主席团或者十分之一以上代表书面联名，可以向本级人民代表大会提议组织关于特定问题的调查委员会，由主席团提请全体会议决定。

县级以上人大常委会的委员长会议或者主任会议，或者五分之一以上常务委员会组成人员书面联名，可以向本级人民代表大会常务委员会提议组织关于特定问题的调查委员会。注意专门委员会无权提议。

(2) 组成：调查委员会由主任、副主任和委员组成，均为本级人大代表，由本级人大或常委会选出，可聘专家为顾问，与调查的问题有利害关系的人大代表和其他人员不得参加调查委员会。

(3) 职权：调查权，一切有关主体均有协助义务。在调查过程中，可以不公布调查的情况和材料。

(4) 职责：调查委员会应当向产生它的人大或常委会提出报告。

真题演练

(2008-1-18)^① 根据《各级人民代表大会常务委员会监督法》的规定，各级人大常委会对属于其职权范围内的事项，需要作出决议、决定，但对有关重大事实不清的，可以组织特定问题的调查委员会。关于特定问题的调查委员会，下列哪一选项是正确的？

- A. 经五分之一以上常务委员会组成人员书面联名提议或有关专门委员会提议，可以组织关于特定问题的调查委员会
- B. 经调查委员会聘请，有关专家可以作为调查委员会的委员参加调查工作
- C. 调查委员会在调查过程中，可以不公布调查的情况和材料
- D. 调查委员会应当向有关专门委员会提出调查报告

考点三

权力机关之活动：提案制度、会议制度

重点法条

《全国人大组织法》

★★第十五条 全国人民代表大会三个以上的代表团或者十分之一以上的代表，可以

^① C.《监督法》第41~43条，本题较偏，但可凭常识推出答案。



提出对于全国人民代表大会常务委员会的组成人员，中华人民共和国主席、副主席，国务院和中央军事委员会的组成人员，最高人民法院院长和最高人民检察院检察长的罢免案，由主席团提请大会审议。

★第二十九条 常务委员会会议由委员长召集，一般两个月举行一次。

【关联法条】

《地方组织法》

★★★第十八条 地方各级人民代表大会举行会议的时候，主席团、常务委员会、各专门委员会、本级人民政府，可以向本级人民代表大会提出属于本级人民代表大会职权范围内的议案，由主席团决定提交人民代表大会会议审议，或者并交有关的专门委员会审议、提出报告，再由主席团审议决定提交大会表决。

县级以上的地方各级人民代表大会代表十人以上联名，乡、民族乡、镇的人民代表大会代表五人以上联名，可以向本级人民代表大会提出属于本级人民代表大会职权范围内的议案，由主席团决定是否列入大会议程，或者先交有关的专门委员会审议，提出是否列入大会议程的意见，再由主席团决定是否列入大会议程。

列入会议议程的议案，在交付大会表决前，提案人要求撤回的，经主席团同意，会议对该项议案的审议即行终止。

★★★第四十四条 县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会行使下列职权：

……

(二) 领导或者主持本级人民代表大会代表的选举；

(三) 召集本级人民代表大会会议；

(四) 讨论、决定本行政区域内的政治、经济、教育、科学、文化、卫生、环境和资源保护、民政、民族等工作的重大事项；

(五) 根据本级人民政府的建议，决定对本行政区域内的国民经济和社会发展规划、预算的部分变更；

(六) 监督本级人民政府、人民法院和人民检察院的工作，联系本级人民代表大会代表，受理人民群众对上述机关和国家工作人员的申诉和意见；

(七) 撤销下一级人民代表大会及其常务委员会的不适当的决议；

(八) 撤销本级人民政府的不适当的决定和命令；

(九) 在本级人民代表大会闭会期间，决定副省长、自治区副主席、副市长、副州长、副县长、副区长的个别任免；在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和人民法院院长、人民检察院检察长因故不能担任职务的时候，从本级人民政府、人民法院、人民检察院副职领导人员中决定代理的人选；决定代理检察长，须报上一级人民检察院和人民代表大会常务委员会备案；

(十) 根据省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长的提名，决定本级人民政府秘书长、厅长、局长、委员会主任、科长的任免，报上一级人民政府备案；

(十一) 按照人民法院组织法和人民检察院组织法的规定，任免人民法院副院长、庭长、副庭长、审判委员会委员、审判员，任免人民检察院副检察长、检察委员会委员、检察员，批准任免下一级人民检察院检察长；省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会根据主任会议的提名，决定在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的中级人民法院院长的任免，根据省、自治区、直辖市的人民检察院检察长的提名，决定人民检察院



分院检察长的任免；

(十二) 在本级人民代表大会闭会期间，决定撤销个别副省长、自治区副主席、副市长、副州长、副县长、副区长的职务；决定撤销由它任命的本级人民政府其他组成人员和人民法院副院长、庭长、副庭长、审判委员会委员、审判员，人民检察院副检察长、检察委员会委员、检察员，中级人民法院院长，人民检察院分院检察长的职务；

.....

《全国人大议事规则》

★★第四条 全国人民代表大会会议有三分之二以上的代表出席，始得举行。

★★第二十一条 主席团，全国人民代表大会常务委员会，全国人民代表大会各专门委员会，国务院，中央军事委员会，最高人民法院，最高人民检察院，可以向全国人民代表大会提出属于全国人民代表大会职权范围内的议案，由主席团决定列入会议议程。

一个代表团或者三十名以上的代表联名，可以向全国人民代表大会提出属于全国人民代表大会职权范围内的议案，由主席团决定是否列入会议议程，或者先交有关的专门委员会审议、提出是否列入会议议程的意见，再决定是否列入会议议程，并将主席团通过的关于议案处理意见的报告印发会议。专门委员会审议的时候，可以邀请提案人列席会议、发表意见。

代表联名或者代表团提出的议案，可以在全国人民代表大会会议举行前提出。

★★第四十二条 全国人民代表大会会议期间，一个代表团或者三十名以上的代表联名，可以书面提出对国务院和国务院各部门的质询案。

《全国人大常委会议事规则》

★★第四条 常务委员会会议必须有常务委员会全体组成人员的过半数出席，才能举行。

★★★第十二条 委员长会议可以向常务委员会提出属于常务委员会职权范围内的议案，由常务委员会会议审议。

国务院，中央军事委员会，最高人民法院，最高人民检察院，全国人民代表大会各专门委员会，可以向常务委员会提出属于常务委员会职权范围内的议案，由委员长会议决定提请常务委员会会议审议，或者先交有关的专门委员会审议、提出报告，再决定提请常务委员会会议审议。

常务委员会组成人员十人以上联名，可以向常务委员会提出属于常务委员会职权范围内的议案，由委员长会议决定提请常务委员会会议审议，或者先交有关的专门委员会审议、提出报告，再决定是否提请常务委员会会议审议；不提请常务委员会会议审议的，应当向常务委员会会议报告或者向提案人说明。

★★第二十五条 在常务委员会会议期间，常务委员会组成人员十人以上联名，可以向常务委员会书面提出对国务院及国务院各部、各委员会和最高人民法院、最高人民检察院的质询案。

法学理论

★★★权力机关之提案制度

★★★权力机关之会议制度

考点解析

权力机关的活动主要就是开会，而开会又主要是商讨各种提案，因此我们将权力机关的活动分为提案制度和会议制度两部分讲述。

(一) 权力机关之提案制度

	全国人大及其常委会	地方人大及其常委会
一般提案	机关提案： (1) 主席团、常委会、专委会、国务院、中央军委、最高法院、最高检察院可向大会提案； (2) 专委会、国务院、中央军委、最高法院、最高检察院可向常委会提案。 个人提案： (1) 1 个代表团、30 名以上代表可向大会提案； (2) 常委会委员 10 人以上可向常委会提案。 (以上参见《全国人大议事规则》第 21 条、《全国人大常委会会议事规则》第 12 条)	机关提案： (1) 主席团、常委会、专委会、政府可向大会提案； (2) 主任会议、专委会、政府可向常委会提案。 个人提案： (1) 代表 10 人以上（乡镇 5 人）可向大会提案； (2) 常委会委员 5 人以上（县级 3 人）可向常委会提案。 (以上参见《地方组织法》第 18 条、第 46 条)
质询提案	个人提案：与一般提案的主体相同 质询对象：国务院及其部门、最高法院、最高检察院（参见《全国人大议事规则》第 42 条、《全国人大常委会会议事规则》第 25 条）主席团、3 个以上代表团或 1/10 以上代表可向大会提罢免案；经全体代表或委员过半数通过（参见《全国人大组织法》第 15 条）	个人提案：与一般提案的主体除了乡镇代表提质询案的要求 10 人以上外完全相同； 质询对象：政府及其部门、法院、检察院； (参见《地方组织法》第 28 条、第 47 条) 主席团、常委会或 1/10 以上代表（乡镇为主席团或 1/5 以上代表）可提罢免案；经全体代表或委员过半数通过（参见《地方组织法》第 26 条、第 44 条、第 45 条）

各级人大及其常委会的提案，除宪法修正案外，可分为三种：一般、质询及罢免。一般提案，重在提案的主体；质询提案，重在质询主体和质询对象；罢免提案，重在提案主体和通过人数。以下分述之。

1. 宪法修正案

宪法修正案由全国人大常委会或五分之一以上的全国人大代表向全国人大提出，并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过^①。

2. 一般提案

一般提案指属于本级人大或本级人大常委会职权范围内，但既非质询也非罢免的议案。

(1) 提案主体

① 在中央，可以向全国人民代表大会提出一般提案的有：全国人大主席团、全国人大常委会、各专门委员会、国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院、一个代表团或 30 名以上代表；可以向全国人大常委会提出一般提案的有：各专门委员会、国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院、常委会委员 10 人以上。国家主席没有提案权^②。

① 《宪法》第 64 条。
② 可向全国人大提一般议案的主体可简记为：两两两高两委两团 30 人，可向全国人大常委会提一般议案的主体可简记为：两两两高一委 10 人。



② 在地方，可以向各级人大提出一般提案的主体有：本级人大主席团、本级人大常委会、专门委员会（市级以上）、本级政府、人大代表 10 人以上（但乡镇为 5 人）；可以向本级人大常委会提出一般提案的有：本级人大常委会主任会议、各专门委员会（市级以上）、本级政府、常委会委员 5 人以上（但县级为 3 人）^①。

从提案主体很容易发现中央和地方的差别，地方的提案主体没有军事机关、法院和检察院。从人大系统内设机构来看，只有专门委员会有一般提案权，而代表资格审查委员会、调查委员会均无此权利。

（2）通过人数。中央和地方的规定完全一致，都是经全体代表或委员过半数通过。^②

3. 质询提案

（1）质询主体：在中央，有权向全国人大质询的，为一个代表团或 30 名以上人大代表，有权向全国人大常委会质询的，为常委会委员 10 人以上（可记为：一团或 30，10）；在地方，有权向各级人大质询的，为代表 10 人以上，有权向各级人大常委会质询的，为常委会委员 5 人以上，但县级为 3 人（可记为：10，5 但县 3）。

（2）质询对象：在中央，可以质询国务院及其部门、最高法、最高检，在地方，可以质询政府及其部门、法院、检察院。中央和地方完全一致，注意不能对中央军委提出质询。

4. 罢免提案

（1）提案主体：在中央，有权向全国人大提出罢免案的，为全国人大主席团、3 个以上代表团或 1/10 以上代表。在地方，有权向各级人大提出罢免案的，为本级人大主席团、常委会或 1/10 以上代表（乡镇为主席团或 1/5 以上代表）。注意罢免案不能向各级人大常委会提出。

（2）通过人数：中央和地方的规定完全一致，都是经全体代表或委员过半数通过^③。

（二）权力机关之会议制度

会议制度	<p>（1）人大会议：各级人大一般每年开会 1 次，全国人大如常委会认为必要或有 1/5 代表提议可以召集临时会议，地方人大如 1/5 以上代表提议可以召集临时会议；每次人大会议由其常委会或主席团（乡镇）召集，第 1 次会议由上届人大常委会或上届主席团（乡镇）在选举完成后 2 个月内召集^④；</p> <p>（2）常委会会议：各级人大常委会一般 2 个月召开 1 次，由委员长（全国）或主任（地方）召集^⑤；</p> <p>（3）出席人数：全国人大须过 2/3 以上代表出席，全国人大常委会须过半数成员出席方能召开^⑥</p>
------	--

1. 人大会议制度掌握三个考点

（1）提议举行临时会议的主体：全国人大临时会议由常委会或 1/5 以上代表提议举行，地方各级人大临时会议由 1/5 以上代表提议举行。

（2）每次人大会议的召集人，人大会议实行机构召集制，县级以上各级人大会议由各级人大常委会召集，乡镇人大会议由乡镇人大主席团召集。

① 可向地方各级人大提一般议案的主体可简记为：两委一团一府 10 人（乡镇 5 人），可向地方各级人大常委会提一般议案的主体可简记为：会委府 5 人（县级 3 人）。

② 《宪法》第 64 条第 2 款，《全国人大常委会议事规则》第 30 条，《地方组织法》第 20 条、第 45 条第 2 款。

③ 《宪法》第 64 条第 2 款，《全国人大常委会议事规则》第 30 条，《地方组织法》第 20 条、第 45 条第 2 款。

④ 《宪法》第 61 条，《地方组织法》第 11 条。

⑤ 《全国人大组织法》第 29 条，《地方组织法》第 45 条。

⑥ 《全国人大议事规则》第 4 条，《全国人大常委会议事规则》第 4 条。



(3) 每届人大第一次会议的召集人，县级以上人大会议由上届人大常委会召集，乡镇人大会议由上届主席团召集。

2. 人大常委会会议

考点是个人召集制：全国人大常委会会议由全国人大常委会委员长召集、县级以上地方各级人大常委会由本级人大常委会主任召集。

3. 出席人数

只有全国人大及其常委会对出席人数有要求，全国人大会议须 2/3 以上代表出席方能召开，全国人大常委会会议须过半数委员出席方能召开。

真题演练

1. (2008-1-63)^① 根据我国《立法法》的规定，下列哪些主体既可以向全国人民代表大会，也可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律案？

- A. 国务院
- B. 中央军事委员会
- C. 全国人民代表大会各专门委员会
- D. 三十名以上全国人民代表大会代表联名

2. (2008-1-62)^② 根据我国《宪法》的规定，关于动员和紧急状态的决定权，下列哪些选项是正确的？

- A. 全国人民代表大会常务委员会有权决定全国总动员
- B. 全国人民代表大会常务委员会有权决定全国进入紧急状态
- C. 国务院有权决定个别省、自治区、直辖市进入紧急状态
- D. 国务院有权决定局部动员

考点四 权力机关之程序

重点法条

《宪法》

★★★第六十四条 宪法的修改，由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议，并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。

法律和其他议案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过。

★★第八十条 中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，公布法律，任免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长，授予国家的勋章和荣誉称号，发布特赦令，宣布进入紧急状态，宣布战争状态，发布动员令。

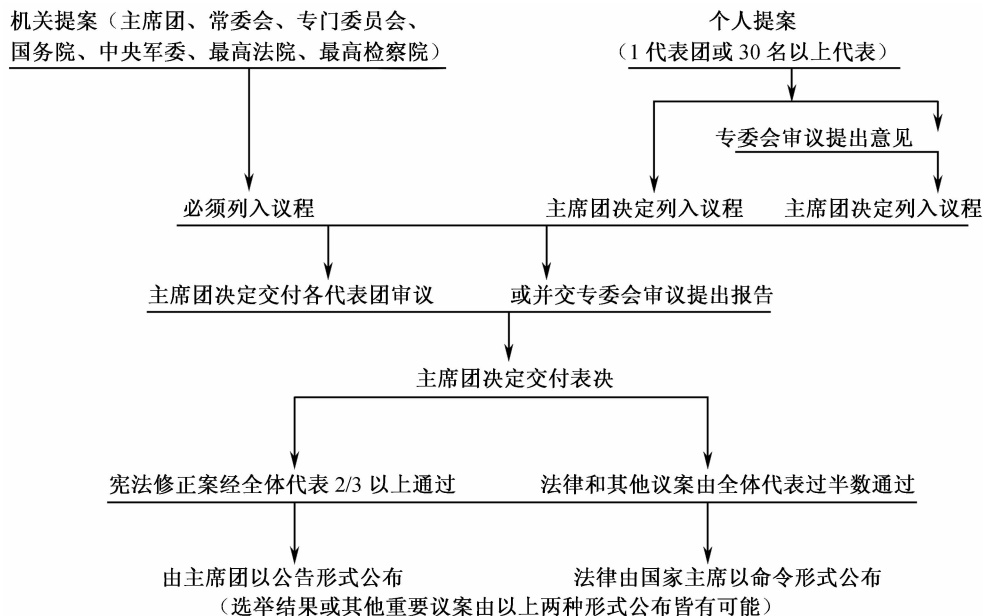
① ABC。识记题，难倒不难，要求记得住，且记得全，否则等于没记。

② AB。识记题，难矣哉，不过这种特难的题估计大多数人都做不好，读者不必过虑。

★★★全国人大工作程序

★★地方人大工作程序

(一) 全国人大工作程序



这里说的全国人大的工作程序是指议案的运行程序，一个完整的议案从提出到公布，需要经过以下步骤：

1. 提出议案：掌握提案主体，参见前述内容。
2. 列入议程：依照提案主体的不同，形成四种结局。

(1) 对机关提案，主席团必须列入会议议程。

(2) 对个人提案：①主席团可以直接列入会议议程。②主席团也可以先交有关的专门委员会审议、提出是否列入会议议程的意见，再决定是否列入会议议程。③主席团还可以决定不列入大会议程。

3. 审议议案：①主席团可以交由各代表团审议；②主席团也可交由各代表团审议的同时，并交有关的专门委员会审议。注意是交付给各代表团而非大会审议。

4. 提请表决：审议后，由主席团决定是否提请大会全体会议表决。在主席团决定交付大会表决前，提案人可以要求撤回议案。

(以上见《全国人大议事规则》)

5. 通过议案：宪法修正案经全体代表 2/3 以上通过，法律和其他议案由全体代表过半数通过^①。

^① 《宪法》第 64 条。





6. 公布议案：两种形式，法律议案（包括宪法修正案），只能由国家主席签署主席令予以公布^①；其他议案，既可由主席团以公告形式公布，选举结果或其他重要议案由第一种形式公布也有可能。考试重点是法律议案的公布。

（二）地方人大工作程序

地方人大工作程序与全国人大工作程序基本重合，读者只需掌握两者差异即可。

1. 提出议案：提案主体与全国人大不同，军事机关、法院和检察院不能向地方各级人大提案。

2. 列入议程：基本相同。

3. 审议议案：交付审议的对象不同，全国人大是交付各代表团审议，地方各级人大是直接交付大会审议。相同点是两者都可并交专门委员会审议并提出报告。

4. 提请表决：基本相同。

5. 通过议案：地方各级人大通过议案的要求一律是过半数。

6. 公布议案：地方各级人大一律由大会主席团以公告形式公布。

真题演练

1. (2002 - 1 - 44)^② 县级以上人大代表有权依法向本级人大提出属于其职权范围内的议案。根据现行宪法和法律，这类议案至少应当经过下列哪些程序方可通过？

- A. 书面提出议案
- B. 由主席团决定是否列入大会议程
- C. 全体代表过半数以上赞成
- D. 以法律的形式予以公布

2. (2005 - 1 - 57)^③ 根据我国宪法和有关法律的规定，我国县级人民代表大会或人民政府可以设立哪些机构？

- A. 专门委员会
- B. 特定问题的调查委员会
- C. 审计机关
- D. 区公所

3. (2006 - 1 - 61)^④ 根据我国《宪法》和法律的规定，下列关于地方各级人民代表大会会议的哪些说法是正确的？

A. 地方各级人民代表大会每次会议举行预备会议，预备会议由本级人民代表大会常委会主持

B. 乡、民族乡、镇的人民代表大会举行会议时，选举主席团。乡、民族乡、镇的人民代表大会的主席、副主席为主席团成员

C. 地方各级人民代表大会每届第一次会议，由上届本级人民代表大会常务委员会或者乡、民族乡、镇的上届人民代表大会主席团主持

D. 地方各级人民代表大会会议每年至少举行一次

4. (2009 - 1 - 93)^⑤ 根据《地方组织法》规定，关于乡镇人大主席，下列选项正确的是：

① 《宪法》第 80 条

② ABC。此题比较简单。

③ BCD。此题讲人大机构和政府机构结合起来考，综合性较强，对你的要求就是全面、准确。法条依据：《地方组织法》第 30 条、第 31 条、第 64 条、第 68 条。

④ BD。A 项暗含乡镇人大预备会议也由本级人大常委会主持之意，即使不知法条也能做对。C 项错在将“召集”误为“主持”。

⑤ AD。

- A. 乡镇人大主席、副主席由乡镇人大从本级人大代表中选出
- B. 乡镇人大主席、副主席主持乡镇人大会议
- C. 乡镇人大主席在乡镇人大闭会期间，可以担任国家行政机关的职务
- D. 乡镇人大主席、副主席为乡镇人大会议主席团成员

考点五 国家元首（国家主席）

重点法条

《宪法》

★第七十九条 中华人民共和国主席、副主席由全国人民代表大会选举。

有选举权和被选举权的年满四十五周岁的中华人民共和国公民可以被选为中华人民共和国主席、副主席。

中华人民共和国主席、副主席每届任期同全国人民代表大会每届任期相同，连续任职不得超过两届。

★★第八十条 中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，公布法律，任免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长，授予国家的勋章和荣誉称号，发布特赦令，宣布进入紧急状态，宣布战争状态，发布动员令。

★★第八十一条 中华人民共和国主席代表中华人民共和国，进行国事活动，接受外国使节；根据全国人民代表大会常务委员会的决定，派遣和召回驻外全权代表，批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。

★★★第八十四条 中华人民共和国主席缺位的时候，由副主席继任主席的职位。

中华人民共和国副主席缺位的时候，由全国人民代表大会补选。

中华人民共和国主席、副主席都缺位的时候，由全国人民代表大会补选；在补选以前，由全国人民代表大会常务委员会委员长暂时代理主席职位。

法学理论

★国家主席的性质和地位

★★国家主席的产生和任期

★★国家主席的职权

★★★国家主席职位的补缺

考点解析

性 质	与全国人大常委会结合行使国家元首职权，对内对外代表国家
条 件	①中国公民；②有选举权与被选举权；③年满45周岁任职
任 期	5年，连任不得超过两届
职 权	①法律与命令公布权；②国务院组成人员和驻外全权代表任免权；③外交权；④荣典权
补 缺	国家主席（出缺）——副主席继任（同时出缺）——全国人大补选（补选前）——委员长代理





1. 国家主席的性质和地位

中华人民共和国主席是我国国家机构的重要组成部分，是一个独立的国家机关，对内对外代表国家。国家主席所行使的职权只是履行特定的法律手续，不参与行政工作，不对全国人大负行政责任。

2. 国家主席的产生和任期

(1) 国家主席的产生。国家主席、副主席由全国人大选举产生。当选的基本条件是：

①政治条件：必须有选举权与被选举权。②年龄条件：必须年满45周岁。③国籍条件：必须是中国公民。

(2) 国家主席的任期。国家主席、副主席的任期同全国人大每届任期相同，均为5年，连续任职不得超过两届。

3. 国家主席的职权

(1) 公布法律、发布命令。

(2) 任免国务院的组成人员和驻外全权代表。注意：①这种任免是一种程序意义、形式意义上的任免，是根据全国人大或其常委会的选举或决定作出的。②国家主席任免的对象不包括中央司法机关的官员和中央军委的官员。

(3) 外交权。包括接受外国使节，根据全国人大常委会的决定宣布批准或废除条约或重要协定。

(4) 荣典权。根据全国人大常委会的决定代表国家向那些对国家有重大功勋的人授予荣誉奖章和光荣称号。

4. 国家主席职位的补缺

(1) 国家主席缺位时，由副主席继位。

(2) 国家主席在位，而副主席缺位时，由全国人大补选副主席。

(3) 两者都缺位时，由全国人大补选，在补选以前，由全国人大常委会委员长暂时代理主席职位。

可以简记为“主缺副继，副缺补选，都缺委代”。

真题演练

(2000-1-13)① 我国宪法规定了国家主席的替补制度，下列选项中哪个是对替补制度的正确表述？

- A. 主席缺位时由副主席代理
- B. 主席缺位时由副主席继任
- C. 主席缺位时由全国人大补选
- D. 主席缺位时由全国人大委员长代理

考点六 行政机关

重点法条

《宪法》

★★第八十七条 国务院每届任期同全国人民代表大会每届任期相同。

① B。此题难度不大，考查掌握的准确度。



总理、副总理、国务委员连续任职不得超过两届。

★★第八十八条 总理领导国务院的工作。副总理、国务委员协助总理工作。

总理、副总理、国务委员、秘书长组成国务院常务会议。

总理召集和主持国务院常务会议和国务院全体会议。

《国务院组织法》

★★第八条 国务院各部、各委员会的设立、撤销或者合并，经总理提出，由全国人民代表大会决定；在全国人民代表大会闭会期间，由全国人民代表大会常务委员会决定。

★★第十一条 国务院可以根据工作需要和精简的原则，设立若干直属机构主管各项专门业务，设立若干办事机构协助总理办理专门事项。每个机构设负责人二至五人。

【关联法条】

《地方组织法》

★★★第五十六条 省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民政府分别由省长、副省长，自治区主席、副主席，市长、副市长，州长、副州长和秘书长、厅长、局长、委员会主任等组成。

县、自治县、不设区的市、市辖区的人民政府分别由县长、副县长，市长、副市长，区长、副区长和局长、科长等组成。

乡、民族乡的人民政府设乡长、副乡长。民族乡的乡长由建立民族乡的少数民族公民担任。镇人民政府设镇长、副镇长。

★★第六十四条 地方各级人民政府根据工作需要和精干的原则，设立必要的工作部门。

县级以上地方各级人民政府设立审计机关。地方各级审计机关依照法律规定独立行使审计监督权，对本级人民政府和上一级审计机关负责。

省、自治区、直辖市的人民政府的厅、局、委员会等工作部门的设立、增加、减少或者合并，由本级人民政府报请国务院批准，并报本级人民代表大会常务委员会备案。

自治州、县、自治县、市、市辖区的人民政府的局、科等工作部门的设立、增加、减少或者合并，由本级人民政府报请上一级人民政府批准，并报本级人民代表大会常务委员会备案。

★★第六十八条 省、自治区的人民政府在必要的时候，经国务院批准，可以设立若干派出机关。

县、自治县的人民政府在必要的时候，经省、自治区、直辖市的人民政府批准，可以设立若干区公所，作为它的派出机关。

市辖区、不设区的市的人民政府，经上一级人民政府批准，可以设立若干街道办事处，作为它的派出机关。

《村委会组织法》

★★第八条 村民委员会根据村民居住状况、人口多少，按照便于群众自治的原则设立。

村民委员会的设立、撤销、范围调整，由乡、民族乡、镇的人民政府提出，经村民会议讨论同意后，报县级人民政府批准。

★★第十八条 村民委员会向村民会议负责并报告工作。村民会议每年审议村民委员



会的工作报告，并评议村民委员会成员的工作。

村民会议由村民委员会召集。有十分之一以上的村民提议，应当召集村民会议。

★★★第二十条 村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约，并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。

村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表讨论决定的事项不得与宪法、法律、法规和国家政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。

《居委会组织法》

★第六条 居民委员会根据居民居住状况，按照便于居民自治的原则，一般在一百户至七百户的范围内设立。

居民委员会的设立、撤销、规模调整，由不设区的市、市辖区的人民政府决定。

★第十条 居民委员会向居民会议负责并报告工作。

居民会议由居民委员会召集和主持。有五分之一以上的十八周岁以上的居民、五分之一以上的户或者三分之一以上的居民小组提议，应当召集居民会议。涉及全体居民利益的重要问题，居民委员会必须提请居民会议讨论决定。

居民会议有权撤换和补选居民委员会成员。

★★★第十五条 居民公约由居民会议讨论制定，报不设区的市、市辖区的人民政府或者它的派出机关备案，由居民委员会监督执行。居民应当遵守居民会议的决议和居民公约。

居民公约的内容不得与宪法、法律、法规和国家政策相抵触。

法学理论

★★★国务院

★★★地方各级人民政府

★★★派出机关

★★★基层群众性自治组织

考点解析

	国务院（中央人民政府）	地方各级人民政府
性质	最高国家权力机关的执行机关	地方各级国家权力机关的执行机关，向本级国家权力机关负责，也向上一级政府负责
组成	正副总理、国务委员、组成部门首长、秘书长	正副首长、部门首长、秘书长（县乡无秘书长、乡镇无部门首长），县以上设审计长，双重管理。 （见《地方组织法》第56条、64条）
任期	5年，正副总理、国务委员连任不得超过2届 （见《宪法》第87条）	5年，可以连选连任 （见《地方组织法》第58条）
会议	（1）全体成员组成全体会议； （2）正副总理、国务委员、秘书长组成常务会议（见《宪法》第88条）	（1）县级以上全体成员组成全体会议； （2）县级以上正副首长、秘书长（市以上）组成常务会议（见《地方组织法》第63条）
部门	组成部门的设、撤、并须经全国人大或其常委会批准，其他下设机构（直属机构、办事机构）由国务院自主决定（见《国务院组织法》第8条、第11条）	县级以上政府工作部门的设、撤、并须经上一级政府批准，并报本级人大常委会备案（见《地方组织法》第64条）



我国的行政机关（政府），可分为中央与地方两大部分，均实行首长负责制。

（一）国务院

1. 国务院的性质和地位

国务院，即中央人民政府，其性质既是最高国家权力机关的执行机关，又是最高国家行政机关。

2. 国务院的组成人员和任期

国务院的组成人员包括总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、中国人民银行行长和国务院秘书长。其中，总理由国家主席提名，全国人大决定产生；副总理、国务委员由总理提名，全国人大决定产生；其余组成人员由总理提名，全国人大或其常委会决定产生。国务院组成人员的人选确定后，由国家主席发布命令任免^①。

国务院的任期与每届全国人大任期相同，均为5年，总理、副总理和国务委员连续任职不得超过两届。

3. 国务院的领导体制

（1）总理负责制。国务院实行总理负责制，各部委实行首长负责制^②。总理负责制是指总理对其主管的工作有完全的决定权，同时负全部责任。首长负责制与之类似。

（2）会议制度。国务院的会议分为全体会议与常务会议两种。国务院全体会议由上述国务院的组成人员组成，一般每两个月召开一次。国务院常务会议由总理、副总理、国务委员和秘书长组成，一般每周召开一次。国务院工作中的重大问题，必须经国务院常务会议或全体会议讨论决定。考试中可能考到的是两种会议的组成人员。

4. 国务院的职权

国务院的职权很广泛，可概括为：行政法规制定权、提出议案权、对所属部委和地方各级行政机关的领导权及监督权（对国务院部门以及对地方）、重大国事决定权等，一般了解即可。

5. 国务院的所属机构^③

国务院的所属机构包括国务院组成部门、国务院直属机构、国务院直属事业单位、国务院组成部门管理的机构、国务院办公厅、国务院办事机构、国务院议事协调机构、国务院部门的内设机构。

（1）国务院组成部门。国务院组成部门内涵上指分管特定方面行政工作的职能部门，外延上包括各部、各委员会、中国人民银行、审计署，俗称“部委行署”，其正职首长是国务院的组成人员。国务院组成部门的设立、撤销或者合并，经国务院总理提出，由全国人大或全国人大常委会决定；其他事项，如国务院组成部门内部机构的设立、撤销或合并，可以由国务院自行决定^④。

值得注意的是，作为国务院组成部门的委员会容易和作为国务院议事协调机构的委员会相混淆，两者的区别在于，前者具有行政主体资格，是负有行政管理职能的机构，后者不具有行政主体资格，以召集相关部门议事协调为主。目前，作为国务院组成部门的委员

① 参见“中央官员任免”。

② 《宪法》第86条第2款。

③ 读者可参考 www.gov.cn（中国政府网）。

④ 除了这些组成部门之外，国务院的其他下属机构的设立、撤销、合并可由国务院自主决定，而这些机构的领导人都不是国务院全体会议成员。



会共有三个，分别是国家发展和改革委员会（发改委）、国家民族事务委员会（民委）、国家人口和计划生育委员会（计生委），读者重点掌握这三个委员会即可。

（2）国务院直属机构、国务院直属事业单位和国务院直属特设机构。国务院直属机构、国务院直属事业单位和国务院直属特设机构，除了国务院直属事业单位外，都具有行政管理职能，在这一点上与部委基本相似，但区别也很明显：首先，它们在地位上略低于部委，表现在国务院可以自行决定其设立、撤销或者合并，无须经过全国人大或其常委会同意；其次，它们的正职首长不是国务院全体会议的组成人员。

① 国务院直属机构，包括海关总署、税务总局、工商行政管理总局、质监总局、广电总局、新闻出版总署（版权局）、体育总局、安全生产监督管理总局、统计局、环保总局、林业局、知识产权局、旅游局、宗教事务局、国务院参事室、国务院机关事务管理局、国家预防腐败局，共计 16 个。国务院直属机构负责各自领域的行政管理，故都具有行政主体资格。

② 直属事业单位，包括新华通讯社、中国科学院、中国社会科学院、中国工程院、国务院发展研究中心、国家行政学院、中国地震局、中国气象局、国家自然科学基金委员会、证监会、银监会、保监会、电监会、全国社会保障基金理事会，共计 14 个。其中，证监会、银监会、保监会、电监会、全国社会保障基金理事会因获得法律授权而具有行政管理权，具有行政主体资格，其余九个单位没有行政管理权，不具有行政主体资格。

③ 直属特设机构，目前仅有国有资产监督管理委员会一个直属特设机构，享有行政管理权，具有行政主体资格。

（3）国务院组成部门管理的国家局。国务院部委管理的国家局，俗称“部管局”，即具有行政管理职能，但隶属于国务院的某一组成部门的国家局，包括国家信访局、粮食局等，目前共计 22 个。部管局与国务院直属机构的区别在于隶属关系和级别不同，但两者都具有行政主体资格。

（4）国务院办公厅机构。国务院办公厅机构即国务院办公厅，是协助国务院领导处理国务院日常工作的机构，其职能重在内部行政，不具有行政主体资格。

（5）国务院办事机构。国务院办事机构是协助总理办理专门事项的机构，包括国务院侨办、国务院港澳办、国务院台办、国务院法制办、国务院研究室、国务院新闻办，共计 6 个，都不具备行政主体资格。

（6）国务院议事协调机构。国务院议事协调机构是对跨部门的行政管理事务进行沟通、协调的机构，如国家国防动员委员会、全国绿化委员会等。此类机构数量较多，一般不具备行政主体资格，但个别因获得特别授权而获得行政主体资格，如国务院学位委员会因获《学位条例》授权而具有独立职权。

（7）国务院部门的内设机构。国务院部门的内设机构是国务院组成部门、直属单位，甚至办公机构、办事机构的内部工作机构，是其所属单位的一个组成部分，一般不能成为行政主体，但个别内设机构因获得法律法规特别授权而具有行政主体资格，如国家知识产权局内设的专利复审委员会因《专利法》的特别授权便具有行政主体资格。内设机构一般为司、处两级，其中，司级内设机构的设立、撤销或合并由国务院批准，处级内设机构的设立、撤销或合并由其所属单位批准。

（二）地方行政之基本框架

我国的地方行政机关可以分为四级地方政府、三种派出机关，此外还有两种协助行政



机关的基层群众性自治组织，这“四级地方政府、三种派出机关、两种基层群众性自治组织”就是理解我国地方行政的基本框架。

1. 四级人民政府

- (1) 省级人民政府，包括省、自治区、直辖市的人民政府。
- (2) (设区的) 市级人民政府，包括设区的市、自治州的人民政府。
- (3) 区县级人民政府，包括县、区、不设区的市、自治县、自治旗的人民政府。
- (4) 乡镇级人民政府，包括乡、镇、民族乡的人民政府。

2. 三种派出机关

- (1) 省、自治区可以设立行政公署作为它的派出机关。
- (2) 县、自治县可以设立区公所作为它的派出机关。
- (3) 市辖区、不设区的市可以设立街道办事处作为它的派出机关。

3. 两种基层群众性自治组织

- (1) 城市居民可以设立居民委员会。
- (2) 农村居民可以设立村民委员会。

下面根据这个框架进行具体的分析。

(三) 地方各级人民政府

1. 地方各级人民政府的性质和地位

地方各级人民政府与国务院类似，既是地方各级国家权力机关的执行机关，又是地方各级国家行政机关。

2. 地方各级人民政府的组成和任期

地方各级人民政府的组成人员包括首长、副首长、部门首长与秘书长。地方各级人民政府的任期与每届地方人大任期相同，均为5年，且无任何连任限制。需要注意的是：

(1) 秘书长仅在设区的市以上地方政府内设立，政府部门（厅、局、委）仅在县级以上地方政府设立，反过来说，县级以下政府（包括县级）无秘书长，乡级政府无部门。

(2) 县级以上地方各级人民政府才设有审计机关，对本级人民政府和上一级审计机关负责。

(3) 自治区的主席、自治州的州长、自治县的县长、民族乡的乡长应当由少数民族公民担任^①。

(4) 政府组成人员的产生^②：①县级以上地方人民政府组成人员中，政府正职首长由本级人大选举产生，政府副职首长由本级人大选举产生或由本级人大常委会决定产生，其余人员由本级人民政府正职首长提名，本级人大常委会决定任免。②乡镇的正副首长均由本级人大选举产生。

3. 地方各级人民政府的领导体制

(1) 首长负责制：地方各级人民政府实行首长负责制，这是由行政机关的性质和职权决定的。

(2) 会议制度：地方各级人民政府的会议分为全体会议和常务会议，但仅县级以上有会议制度，全体会议由上述县级以上地方政府之全体成员组成，常务会议由县级以上地方

^① 《地方组织法》第56条。

^② 读者可参考《地方官员的任免》。



政府之首长、副首长和秘书长（设区的市以上）组成。

4. 县级以上各级人民政府组成部门的设立、撤销或合并

县级以上各级人民政府组成部门主管特定方面的行政工作，其设立、撤销或者合并，应当经上一级政府批准，并报本级人大常委会备案。如省级政府部门之设、撤、并即须经国务院批准，并报省级人大常委会备案。

（四）派出机关

设立者	派出机关	批准者
省、自治区政府	行政公署	国务院（见《地方组织法》第68条）
县政府	区公所	省级政府（见《地方组织法》第68条）
市辖区、不设区的市政府	街道办事处	上一级政府（见《地方组织法》第68条）A

（1）省、自治区人民政府经国务院批准，可以设立行政公署作为它的派出机关。注意，直辖市不能设立派出机关。

（2）县、自治县的人民政府经省、自治区、直辖市的人民政府批准，可以设立若干区公所，作为它的派出机关。

（3）市辖区、不设区的市的人民政府，经上一级人民政府批准，可以设立若干街道办事处，作为它的派出机关。

需要注意的是，派出机关在级别上没有对应的人大、法院和检察院。

（五）基层群众性自治组织

村民委员会、居民委员会是基层群众性自治组织，不是一级地方人民政府，与乡镇人民政府的关系是“领导与被领导、协助与被协助”的关系。归纳如下表所示。

	村民委员会与村民会议	居民委员会与居民会议
两会关系	村委会向村民会议负责并报告工作（见《村委会组织法》第18条）	居委会向居民会议负责并报告工作（见《居委会组织法》第10条）
村民（居民）委员会的设、撤、范围调整	由乡镇政府提出，经村民会议讨论同意后，报县级政府批准（见《村委会组织法》第8条）	由不设区的市、市辖区政府决定（见《居委会组织法》第6条）
村（居）民公约	村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约，并报乡镇政府备案（见《村委会组织法》第20条）	由居民会议讨论制定，报不设区的市、市辖区政府或它的派出机关备案（见《居委会组织法》第15条）

真题演练

1. （2007 - 1 - 18）^① 根据村民委员会组织法的规定，有关村规民约的下列哪一选项是正确的？

- A. 村民委员会有权制定村规民约，报乡、民族乡、镇的人民政府批准生效
- B. 村民会议有权制定村规民约，报乡、民族乡、镇的人民代表大会议案
- C. 村规民约由村民会议制定，报乡、民族乡、镇的人民政府备案

^① B。注意村（居）民会议与村（居）委会的关系。

D. 村规民约由村民委员会制定，报乡、民族乡、镇的人民政府备案

2. (2008-1-15)^① 根据我国《村民委员会组织法》的规定，关于村民委员会的范围调整，下列哪一选项是正确的？

- A. 由村民委员会主任提出，经村民会议讨论同意后，报乡级人民政府批准
- B. 由村民委员会主任提出，经村民会议讨论同意后，报乡级人民代表大会批准
- C. 由乡级人民政府提出，经村民会议讨论同意后，报县级人民政府批准
- D. 由乡级人民政府提出，经村民会议讨论同意后，报县级人民代表大会批准

3. (2008-1-65)^② 根据我国《宪法》和法律的规定，下列哪些人员是国务院组成人员？

- A. 外交部副部长
- B. 国家发展和改革委员会主任
- C. 国有资产监督管理委员会主任
- D. 审计署审计长

4. (2009-1-94)^③ 根据《地方组织法》规定，关于地方各级人民政府工作部门的设立，下列选项正确的是：

- A. 县人民政府设立审计机关
- B. 县人民政府工作部门的设立、增加、减少或者合并由县人大批准，并报上一级人民政府备案
- C. 县人民政府在必要时，经上级人民政府批准，可以设立若干区公所作为派出机关
- D. 县人民政府的工作部门受县人民政府统一领导，并且依照法律或者行政法规的规定受上级人民政府主管部门的业务指导或者领导

考点七 军事机关与司法机关

重点法条

《宪法》

★★第九十三条 中华人民共和国中央军事委员会领导全国武装力量。

中央军事委员会由下列人员组成：

主席，

副主席若干人，

委员若干人。

中央军事委员会实行主席负责制。

中央军事委员会每届任期同全国人民代表大会每届任期相同。

★★第九十四条 中央军事委员会主席对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。

★★第一百二十七条 最高人民法院是最高审判机关。

① C。《村民委员会组织法》第8条第2款规定：村民委员会的设立、撤销、范围调整，由乡、民族乡、镇的人民政府提出，经村民会议讨论同意后，报县级人民政府批准。

② BD。识记题。

③ AD。





最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。

★★第一百三十二条 最高人民检察院是最高检察机关。

最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。

【关联法条】

《法院组织法》

★第十一条 各级人民法院设立审判委员会，实行民主集中制。审判委员会的任务是总结审判经验，讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。

地方各级人民法院审判委员会委员，由院长提请本级人民代表大会常务委员会任免；最高人民法院审判委员会委员，由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会任免。

各级人民法院审判委员会会议由院长主持，本级人民检察院检察长可以列席。

《检察院组织法》

★第三条 各级人民检察院设检察长一人，副检察长和检察员若干人。检察长统一领导检察院的工作。

各级人民检察院设立检察委员会。检察委员会实行民主集中制，在检察长的主持下，讨论决定重大案件和其他重大问题。如果检察长在重大问题上不同意多数人的决定，可以报请本级人民代表大会常务委员会决定。

法学理论

★★军事机关

★★★司法机关

考点解析

（一）军事机关（中央军事委员会）

（1）中央军委是国家的最高军事领导机关，领导全国的武装力量。

（2）中央军委由主席、副主席若干人，委员若干人组成。中央军委主席由全国人大选举产生，根据军委主席的提名，全国人大决定其他组成人员的人选。全国人大有权罢免中央军委主席和中央军委其他组成人员。中央军委每届任期与全国人大相同，为5年。但宪法没有对军委主席连续任职问题作出规定，实则可以连任，且次数不限。

（3）中央军事委员会实行主席个人负责制，由军委主席（而非中央军委）向全国人大负责，但仅需负责，不必报告，换句话说，中央军委主席没有向全国人大报告工作的义务。

（二）司法机关（法院与检察院）重点掌握组织体系、上下关系和负责制

1. 法院系统

（1）法院的组织体系与职权。我国法院的组织体系：全国设立最高人民法院、地方各级人民法院和专门人民法院；地方各级人民法院分为高级人民法院、中级人民法院、基层人民法院；专门人民法院包括军事法院、海事法院、铁路运输法院和森林法院。

① 最高人民法院是我国的最高审判机关，其主要职权包括：一审管辖权、上诉管辖



权、审判监督权、司法解释权、死刑核准权。

② 地方各级人民法院分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院，其中：

基层人民法院的职权主要包括：一审管辖权、庭外处理权、调解指导权。

中级人民法院的职权主要包括：一审管辖权、上诉管辖权、审判监督权。

高级人民法院的职权主要包括：一审管辖权、上诉管辖权、审判监督权。

③ 专门人民法院是设在特定部门或者针对特定案件设立，受理与设立部门相关的专业性案件的法院。

军事法院包括中国人民解放军军事法院（军内的最高级）、大军区及军兵种军事法院（相当于中级层次）、军级军事法院（基层级）三级。

海事法院只设一级，设立在港口城市，其建制相当于地方的中级人民法院，管辖民事主体之间的第一审海事案件和海商案件，不管辖行政案件和刑事案件。

铁路运输法院是设在铁路沿线的专门人民法院，分为两级：一是设在铁路管理分局所在地的铁路运输基层法院，二是设在铁路管理局所在地的铁路运输中级法院。铁路运输法院负责审判由铁路公安机关侦破、铁路运输检察院起诉的发生在铁路沿线的刑事犯罪案件和与铁路运输有关的经济纠纷，但不管辖行政案件。

森林法院分为两级，一是设在一些林业局所在地的基层森林法院，二是设在地区（盟）林业管理局所在地或国有森林几种连片地区设立森林中级法院，审理破坏森林资源案件、严重责任事故案件及涉外案件。

（2）上下关系。《宪法》第127条第2款规定：最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。这表明上下级人民法院之间的关系不是领导关系，而是监督关系。因此，上级法院不能直接指挥命令下级法院的审判工作，只能监督下级法院审判时是否正确适用法律，这主要体现在上诉程序、审判监督程序及死刑复核程序。

（3）审判委员会。根据《法院组织法》第11条，法院重大疑难案件和其他有关审判工作的问题是由审判委员会决定的，因此审判委员会是法院实际上的最高领导机关，实行集体负责制，但法院院长有人事提名权。

2. 检察院系统

（1）组织体系：全国设立最高人民检察院、地方各级人民检察院和专门人民检察院。地方各级人民检察院分为省、自治区、直辖市人民检察院；省、自治区、直辖市人民检察院分院，自治州和设区的市人民检察院；县、不设区的市、自治县和市辖区人民检察院。专门人民检察院包括军事检察院、铁路运输检察院等。

省一级人民检察院和县一级人民检察院，根据工作需要，提请本级人大常委会批准，可在工矿区、农垦区、林区等区域设置人民检察院，作为派出机构。

（2）上下关系：最高人民检察院是国家最高检察机关。上下级检察院之间的关系是领导与被领导的关系，最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院，上级人民检察院领导下级人民检察院，下级人民检察院必须接受上级人民检察院的领导和最高人民检察院的领导，对上级人民检察院负责。其表现是人事任免和业务领导。

（3）根据《检察院组织法》第3条，各级人民检察院设立检察委员会。检察委员会实行民主集中制，在检察长的主持下，讨论决定重大案件和其他重大问题。如果检察长在重大问题上不同意多数人的决定，可以报请本级人民代表大会常务委员会决定。

真题演练

1. (2009-1-18)^① 关于专门人民法院, 下列哪一个选项是正确的?
- A. 专门人民法院是设在特定部门或针对特定案件而设立, 受理与设立部门相关的专业性案件的法院
- B. 军事法院负责审判军事人员犯罪的刑事案件, 军事法院的基层法院设在师级
- C. 海事法院判决和裁定的上诉案件, 由最高法院管辖
- D. 铁路运输法院、森林法院只设基层法院
2. (2009-1-65)^② 根据《宪法》和法律规定, 下列哪些选项是正确的?
- A. 中华人民共和国主席对全国人大及其常委会负责
- B. 国务院对全国人大负责并报告工作, 在全国人大闭会期间对全国人大常委会负责并报告工作
- C. 最高人民法院、最高人民检察院对全国人大及其常委会负责
- D. 中央军事委员会对全国人大负责并报告工作, 在全国人大闭会期间对全国人大常委会负责并报告工作



^① A。军事法院的基层法院设在军级, 故 B 项错误。海事法院相当于地方的中级人民法院, 故不应由最高法院管辖, C 项错误。森林法院除了基层法院之外, 还有森林中级法院, D 项错误。

^② BC。

第六讲 国家权力的纵向配置

【本讲概要】 本讲为“宪法上的国家”的第二部分，国家权力的纵向配置即国家结构形式，主要内容是一般地方制度、特别行政区制度和民族区域自治制度。以特别行政区制度为核心考点。

考点一 一般地方制度

重点法条

《宪法》

★★★第六十二条 全国人民代表大会行使下列职权：

……

(十二) 批准省、自治区和直辖市的建置；

……

★★★第八十九条 国务院行使下列职权：

……

(十五) 批准省、自治区、直辖市的区域划分，批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分；

……

★★第一百零七条

……

省、直辖市的人民政府决定乡、民族乡、镇的建置和区域划分。

【关联法条】

《行政区域边界争议处理条例》

★★第六条 民政部是国务院处理边界争议的主管部门。县级以上的地方各级人民政府的民政部门是本级人民政府处理边界争议的主管部门。

《国务院关于行政区划管理的规定》

★第四条 下列行政区划的变更由国务院审批：

- (一) 省、自治区、直辖市的行政区域界线的变更，省、自治区人民政府驻地的迁移；
- (二) 自治州、县、自治县、市、市辖区的设立、撤销、更名和隶属关系的变更以及自治州、县、自治县、市人民政府驻地的迁移；
- (三) 自治州、自治县的行政区域界线的变更，县、市的行政区域界线的重大变更；
- (四) 凡涉及海岸线、海岛、边疆要地、重要资源地区及特殊情况地区的隶属关系或

行政区域界线的变更。

★第五条 县、市、市辖区的部分行政区域界线的变更，国务院授权省、自治区、直辖市人民政府审批；批准变更时，同时报送民政部备案。乡、民族乡、镇的设立、撤销、更名和行政区域界线的变更，乡、民族乡、镇人民政府驻地的迁移，由省、自治区、直辖市人民政府审批。

法学理论

★★★地方的建置和行政区域界线的变更

★★边界争议

考点解析

地方的类型	设立、撤销、更名、界线变更	边界争议
省、自治区、直辖市	全国人大决定其设立撤销更名，国务院审批界线变更（见《宪法》第62条第12项）	由划分区域的该级政府民政部门主管（见《行政区域边界争议处理条例》第6条）
自治州、设区的市（地区和盟不是）	国务院审批（含隶属关系变更）；县、市、区部分界线变更由国务院授权省级政府审批（见《宪法》第89条第15项，《国务院关于行政区划管理的规定》第4~5条）	
县、自治县（旗）、不设区的市、市辖区		
乡、镇、民族乡	省级政府审批（见《宪法》第107条第3款）	

1. 地方的建置和行政区域界线的变更

- (1) 省、自治区和直辖市的建置由全国人大批准，行政区域界线变更由国务院审批。
 - (2) 自治州、县、自治县、市（包括设区的市和不设区的市）、市辖区的建置，由国务院审批。
 - (3) 县、市、市辖区部分行政区域界线的变更，由国务院授权省级政府审批（注意自治州、自治县的行政区域界线的变更，县、市的行政区域界线的重大变更，仍然由国务院审批）。
 - (4) 乡、民族乡、镇的建置和行政区域界线的变更，乡、民族乡、镇人民政府驻地的迁移，由省级人民政府审批。
- 下表做了详细分析，以帮助理解。

地 方	审批机关		
	建置（设立、撤销、更名和隶属关系的变更）	区域界线变更	部分区域界线
省、自治区和直辖市	全国人大	国务院	
自治州、自治县	国务院	国务院	
县、市（包括设区的市和不设区的市）、市辖区	国务院	重大变更由国务院	国务院授权省级政府
乡、民族乡、镇	省级政府	省级政府	

2. 边界争议

民政部是国务院处理边界争议的主管部门，县级以上的地方各级人民政府的民政部门是本级人民政府处理边界争议的主管部门。



1. (2002-1-5)^① 根据我国现行宪法和有关法律的规定,下列有关行政区域划分、行政区域边界争议处理的主管部门的表述中,哪一种说法是正确的?

- A. 行政区域边界争议的主管部门无权进行行政区划
- B. 有权进行行政区划的部门,也就是行政区域边界争议的主管部门
- C. 主管行政区域边界争议的部门,也有权处理行政区划问题
- D. 主管行政区域边界争议的部门,也是行政区域边界争议的处理决定机关

2. (2002-1-88)^② 根据宪法和法律,下列有关国家机构职权的表述中哪些是错误的?

- A. 全国人民代表大会无权决定设立国务院各部、各委员会
- B. 国务院有权决定自治州的设立
- C. 自治区人民代表大会常务委会有权决定民族乡的设立
- D. 全国人民代表大会常委会有权决定大赦

3. (2007-1-17)^③ 根据经济和社会发展的需要,某市拟将所管辖的一个县变为市辖区。根据宪法规定,上述改变应由下列哪一机关批准?

- A. 全国人民代表大会
- B. 全国人民代表大会常务委员会
- C. 国务院
- D. 所在的省人民代表大会常务委员会

考点二 特别行政区制度

重点法条

《香港基本法》

★★★第十七条 香港特别行政区享有立法权。

香港特别行政区的立法机关制定的法律须报全国人民代表大会常务委员会备案。备案不影响该法律的生效。

全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的香港特别行政区基本法委员会后,如认为香港特别行政区立法机关制定的任何法律不符合本法关于中央管理的事务及中央和香港特别行政区的关系的条款,可将有关法律发回,但不作修改。经全国人民代表大会常务委员会发回的法律立即失效。该法律的失效,除香港特别行政区的法律另有规定外,无溯及力。

★★第六十条 香港特别行政区政府的首长是香港特别行政区行政长官。

香港特别行政区政府设政务司、财政司、律政司和各局、处、署。

★★第八十一条 香港特别行政区设立终审法院、高等法院、区域法院、裁判署法庭

① A. 边界争议主管部门是民政部门,而行政区划的主管机关是政府。

② ACD。国务院部委的设、撤、并由全国人大或其常委会决定, A 错;民族乡的设立由省级政府决定, C 错;我国只有特赦, D 错。跨知识点的综合考查是宪法命题趋势,要求全面而准确地掌握。

③ C。题中行为性质是县的撤销和市辖区的设立,属建置范畴,应当由国务院主管,此题难度不大。



和其他专门法庭。高等法院设上诉法庭和原讼法庭。

原在香港实行的司法体制，除因设立香港特别行政区终审法院而产生变化外，予以保留。

《澳门基本法》

★★第八十四条 澳门特别行政区设立初级法院、中级法院和终审法院。

.....

★★第八十六条 澳门特别行政区设立行政法院。行政法院是管辖行政诉讼和税务诉讼的法院。不服行政法院裁决者，可向中级法院上诉。

法学理论

- ★★★特别行政区行政长官
- ★★特别行政区立法会
- ★★★特别行政区政府
- ★★★特别行政区的司法机关
- ★★对外事务
- ★★★中央保留

考点解析

行政长官	①是特区首长和政府首长，代表特区，对中央人民政府和特别行政区负责；②必须由年满40周岁（港澳）、无外国居留权（港）、通常居住连续满20年（港澳）、特区永久性居民中的中国公民（港澳）担任①
立法机关	（1）立法会是其立法机关，其制定的法律须报全国人大常委会备案，但备案不影响法律生效； （2）全国人大常委会认为特区立法不符合基本法关于中央管理事务及中央和特区关系的条款，可将法律发回但不作修改；发回的法律立即失效，该法律的失效除特区法律另有规定外无溯及力②
行政机关	（1）设政务司、财政司、律政司和各局、处、署； （2）向立法会负责并定期向其做施政报告，同时答复立法会议员质询（见《香港基本法》第60条）
司法机关	（1）法院有独立的司法权和终审权（国防外交行为除外），在审理案件时可在自治范围内对基本法进行解释③； （2）香港法院分四级：终审法院、高等法院、区域法院、裁判署法庭和其他专门法庭，律政司主管刑事检察④； ③ 澳门法院分三级：终审法院、中级法院、初级法院（行政法院），检察院独立行使刑事检察权，检察长由行政长官提名，报中央人民政府任命⑤
对外事务	经中央政府授权，特区可依基本法自行处理有关对外事务（见《香港基本法》第7章；《澳门基本法》第7章）
中央保留	①外交与防务⑥；②任命行政长官与主要行政官员⑦；③全国人大常委会有权决定特区进入紧急状态⑧；④全国人大有权修改基本法、全国人大常委会有权解释基本法⑨；⑤此处的“中央”仅指全国人大及其常委会、国务院与中央军委

① 《香港基本法》第43条、第44条，《澳门基本法》第45条、第46条。
② 《香港基本法》第17条，《澳门基本法》第17条。
③ 《香港基本法》第19条第1款、第158条，《澳门基本法》第19条、第143条。
④ 《香港基本法》第63条、第81条。
⑤ 《澳门基本法》第84条、第86条、第90条。
⑥ 《香港基本法》第14条，《澳门基本法》第13条、第14条。
⑦ 《香港基本法》第15条，《澳门基本法》第15条。
⑧ 《香港基本法》第18条第4款，《澳门基本法》第18条第4款。
⑨ 《香港基本法》第158条、第159条，《澳门基本法》第143条、第144条。





特别行政区是指在我国版图内，专门设立的具有特殊的法律地位，实行特别的社会、经济制度，与省、自治区、直辖市处于同一等级而又享有高度自治权，直辖于中央人民政府的行政区域。

1. 特别行政区行政长官

(1) 特别行政区行政长官的性质。特别行政区的行政长官是特别行政区的首长，代表特别行政区，对中央人民政府和本特别行政区负责。

(2) 担任特别行政区行政长官必须具备的资格。担任特别行政区行政长官需具备以下条件：①年满40周岁；②在当地通常居住连续满20年；③在外国无居留权；④特区永久性居民中的中国公民。其中，担任香港特别行政区行政长官需具备以上四项条件，担任澳门特别行政区行政长官需具备①、②、④三项条件。可简记为“4020 永久中国，港无外”。

(3) 特别行政区行政长官的产生和任期。特别行政区行政长官由特别行政区通过选举或协商产生，由中央人民政府任命。任期5年，可连任一次。

2. 特别行政区立法会

(1) 立法会是特别行政区的立法机关，行使立法权、监督权和其他职权。立法会制定的法律须报全国人大常委会备案，但备案不影响该法律的生效。

如果全国人大常委会认为特区立法不符合基本法关于中央管理事务及中央和特区关系的条款，可将该法律发回但不作修改。被全国人大常委会发回的法律立即失效，该法律的失效除特区法律另有规定外无溯及力（发回失效仅具向后效力）。注意，如特区立法与中央管理事务及中央和特区关系无关，全国人大常委会不得发回。

(2) 特别行政区议员须由特区永久性居民担任。不过在香港，非中国籍的和在外国有居留权的永久性居民在立法会的比例不得超过20%，而在澳门则没有这些资格限制。立法会与行政长官的任期不同，其任期除第一届另有规定外，每届4年。

3. 特别行政区政府

特别行政区政府是特别行政区的行政机关，下设政务司、财政司、律政司和各局、处、署，其主要官员必须由特区永久性居民担任。

特别行政区政府向立法会负责并定期向其做施政报告，同时答复立法会议员质询。注意对比一下，特别行政区政府对立法会负责，而特别行政区长官对中央人民政府和本特别行政区负责。

4. 特别行政区的司法机关

特别行政区法院具有独立的司法权和终审权，但对国防外交行为无管辖权，在审理案件时可在自治范围内对基本法进行解释。从组织系统来看，香港有英美色彩，澳门具大陆特征。

(1) 香港特别行政区的司法机关。香港法院组织系统包括终审法院、高等法院、区域法院、裁判署法庭和其他专门法庭。法官由行政长官任命。一般终身任职。特别行政区政府下属的律政司主管刑事检察。

(2) 澳门特别行政区的司法机关。澳门法院组织系统包括终审法院、中级法院、初级法院和行政法院。刑事检察权由检察院独立行使。法官经当地法官、律师和知名人士组成的独立委员会的推荐，由行政长官任命。检察官经检察长提名，由行政长官任命，检察长由行政长官提名，报中央人民政府任命。



注意，香港法官和其他司法人员，应根据其本人的司法和专业才能选用，并可从其他普通法适用地区聘用，澳门法官的选用以其专业资格为标准，符合标准的外籍法官也可聘用^①。

5. 对外事务

除了外交和国防事务外，经中央人民政府授权，特别行政区可依基本法自行处理有关对外事务。

6. 中央保留

所谓中央保留，是指全国人民代表大会及其常委会、国务院和中央军事委员会根据基本法的规定，保留了涉及国家主权事务的管理权，这些事务是指：

- (1) 与特别行政区有关的外交事务和防务；
- (2) (国务院) 任命行政长官和主要官员；
- (3) 全国人大常委会有权决定特别行政区进入紧急状态；

(4) 全国人大有权修改基本法，全国人大常委会有权解释特别行政区基本法，全国人民代表大会常务委员会授权特别行政区在审理案件时对基本法关于特别行政区自治范围内的条款自行解释。

真题演练

1. (2003 - 1 - 41)^② 依据我国特别行政区基本法，下列哪些选项的表述是正确的？

- A. 特别行政区的立法不需要报全国人大常委会批准
- B. 不服特别行政区法院的判决，可以上诉至我国最高人民法院
- C. 特别行政区可以自主决定外交、经济、财政等事项
- D. 中央人民政府可授权特别行政区依照基本法自行处理有关对外事务

2. (2004 - 1 - 56)^③ 依据《澳门特别行政区基本法》的有关规定，下列表述哪些是正确的？

A. 中央人民政府所属各部门，各省、自治区、直辖市均不得干预澳门特别行政区依基本法自行管理的事务

B. 澳门特别行政区各级法院的法官，根据当地法官、律师和知名人士组成的独立委员会的推荐，由行政长官任命

C. 澳门特别行政区检察长由澳门特别行政区永久性居民中的中国公民担任，由行政长官提名，报中央人民政府任命

D. 澳门特别行政区可以“中国澳门”的名义参加不以国家为单位参加的国际组织和国际会议

3. (2007 - 1 - 20)^④ 根据香港、澳门特别行政区基本法的规定，下列哪一选项是正确的？

A. 香港特别行政区终审法院和高等法院的法官，应由在外国无居留权的香港特别行

① 《香港基本法》第92条，《澳门基本法》第87条。

② AD. 特别行政区法院有终审权，故B错；特别行政区的外交事务由中央保留，故C错。

③ ABCD. 此题难度不大。

④ C. A项应为“首席法官”；B项中行政长官任命法官无须立法会同意，也无须报全国人大常委会备案；D项应向中级法院上诉。这种冷僻的单选题最好用排除法做，但前提是记牢C项这种重点。

政区永久性居民中的中国公民担任

B. 香港特别行政区的法官，根据当地法官和法律界及其他方面知名人士组成的独立委员会推荐，由行政长官征得立法会同意后任命，并报全国人民代表大会常务委员会备案

C. 澳门特别行政区检察长由澳门特别行政区永久性居民中的中国公民担任，由行政长官提名，报中央人民政府任命

D. 澳门特别行政区设立行政法院。行政法院是管辖行政诉讼和税务诉讼的法院。不服行政法院裁决者，可向终审法院上诉

4. (2008-1-16)^① 香港特别行政区的下列哪一项职务可由特区非永久性居民担任？

A. 行政长官

B. 政府主要官员

C. 立法会议员

D. 法院法官

考点三 特区法律体系

重点法条

《香港基本法》

★★★第一百五十八条 本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。

香港特别行政区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释。但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释，而该条款的解释又影响到案件的判决，在对该案件作出不可上诉的终局判决前，应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。如全国人民代表大会常务委员会作出解释，香港特别行政区法院在引用该条款时，应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准。但在此以前作出的判决不受影响。

……

★★★第一百五十九条 本法的修改权属于全国人民代表大会。

本法的修改提案权属于全国人民代表大会常务委员会、国务院和香港特别行政区。香港特别行政区的修改议案，须经香港特别行政区的全国人民代表大会代表三分之二多数、香港特别行政区立法会全体议员三分之二多数和香港特别行政区行政长官同意后，交由香港特别行政区出席全国人民代表大会的代表团向全国人民代表大会提出。

……

★★第一百六十条 香港特别行政区成立时，香港原有法律除由全国人民代表大会常务委员会宣布为同本法抵触者外，采用为香港特别行政区法律，如以后发现有的法律与本

^① C. 识记题，综合性较强。





法抵触，可依照本法规定的程序修改或停止生效。

在香港原有法律下有效的文件、证件、契约和权利义务，在不抵触本法的前提下继续有效，受香港特别行政区的承认和保护。

法学理论

★★★基本法的修改和解释

★★予以保留的原有法律

★★适用于特别行政区的全国性法律

★★特定情况下全国性法律也可在特别行政区适用

考点解析

特区基本法	<p>(1) 由全国人大修改，提案权属于全国人大常委会、国务院和特别行政区；特区的修改议案须经特区的全国人大代表 2/3 多数、特区立法会全体议员 2/3 多数和特区行政长官同意后，交由特区出席全国人大的代表团向全国人大提出；</p> <p>(2) 由全国人大常委会、特区法院解释；特区法院如需对有关中央管理事务或中央和特区关系条款进行解释，且解释影响到案件判决的，在终局判决前应由终审法院提请全国人大常委会解释^①</p>
经保留的原有法律	属于殖民统治性质或带有殖民色彩、与基本法相抵触、经特区立法机关修改的法律不予保留 ^②
立法会制定的法律	这些法律须报全国人大常委会备案，但备案不影响法律生效 ^③
部分全国性法律	<p>(1) 适用于特区的全国性法律规定于基本法附件三，主要包括有关国家象征的法律、有关国家领土主权的法律、有关国防外交的法律；</p> <p>(2) 全国人大常委会在征询其特区基本法委员会和特区政府意见后，可对附件三法律作出增减^④</p>
紧急状态下的法律	全国人大常委会宣布战争状态或决定特区进入紧急状态时，中央政府可发布命令将有关全国性法律在特区实施 ^⑤

1. 基本法的修改和解释

(1) 基本法的修改。特别行政区基本法修改的提案权属于全国人大常委会、国务院和特别行政区，修改权属于全国人大。其中，特别行政区修改基本法的提案须经特区的全国人大代表 2/3 多数、特区立法会全体议员 2/3 多数和特区行政长官同意后，交由特区出席全国人大的代表团向全国人大提出。

(2) 基本法的解释。《香港基本法》第 158 条的文字表述比较费解，可分为如下几个层次进行理解：

① 解释主体：全国人大常委会享有法定的基本法解释权，香港法院也享有基本法的解释权，但其来源是全国人大常委会的授权，故效力低于全国人大常委会的解释。

② 解释范围：全国人大常委会具有完全的解释范围，所有条款都可解释，香港法院的解释范围则是有限的。第 158 条是列举 + 禁止式的规定，列举了两种可以解释的对象，即自治范围内的条款和其他条款，同时禁止香港法院解释中央人民政府管理的事务或中央

① 《香港基本法》第 158 条、第 159 条，《澳门基本法》第 143 条、第 144 条。

② 《香港基本法》第 160 条，《澳门基本法》第 145 条。

③ 《香港基本法》第 17 条，《澳门基本法》第 17 条。

④ 《香港基本法》第 18 条，《澳门基本法》第 18 条。

⑤ 《香港基本法》第 18 条，《澳门基本法》第 18 条。

和香港关系的条款。实际上，除了“中央人民政府管理的事务或中央和香港关系的条款”之外，其余条款特别行政区法院都能解释。

③ 这里的“香港法院”包括香港各级法院。

澳门基本法的解释问题与之相同，读者可模拟得之，不赘述。

下表是表格形式的总结。

解释对象	解释主体	条 件
基本法	全国人大常委会	不限制
基本法中自治范围内的条款	全国人大常委会授权的特别行政区法院	审理案件时
基本法中中央管理事务或中央与特别行政区关系条款	终审法院提交全国人大常委会解释	审理案件时、终局判决前、解释影响到案件判决
基本法中自治范围外的其他条款	特别行政区法院	审理案件时

2. 予以保留的原有法律

特别行政区原有法律除由全国人大常委会宣布为同基本法抵触者外，采用为特别行政区法律，如基本法颁布后发现有的法律与基本法抵触的，可依照基本法予以修改或停止生效。

3. 适用于特别行政区的全国性法律

必须是载明在基本法附件三的法律，仅限于国防、外交和不属于高度自治范围内的法律。但这些法律并不能自动生效，需要由特别行政区将法律公布或由立法实施（见《香港基本法》第18条第2款）。全国人大常委会可对列入附件三的法律作出增减。

附件三上所指的全国性法律有：《关于中华人民共和国国都、纪年、国歌、国旗的决议》、《关于中华人民共和国国庆日的决议》、《国籍法》、《国旗法》、《国徽法》、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》、《中华人民共和国领海及毗连区法》、《驻军法》等。

4. 特定情况下全国性法律也可在特别行政区适用

全国人民代表大会常务委员会决定宣布战争状态或因特别行政区内发生香港特别行政区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱而决定特别行政区进入紧急状态，中央人民政府（国务院）可发布命令将有关全国性法律在特别行政区实施。

注意全国人大常委会决定宣布战争状态或决定特别行政区进入紧急状态是前置程序，国务院是决定在特别行政区适用全国性法律的主体。

真题演练

1. (2004 - 1 - 9)① 根据《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》，下列有关特别行政区立法权的表述哪一项是不正确的？

A. 特别行政区立法机关制定的法律须报全国人大常委会备案，备案不影响该法律的生效

B. 全国人大常委会在征询其所属的特别行政区基本法委员会的意见后，如认为特别行政区立法机关制定的法律不符合基本法关于中央管理的事务及中央和特别行政区关系的条款，可以将该法律发回，但不作修改

① D. 特别行政区立法制度是重点，需熟记。



- C. 经全国人大常委会发回的特别行政区的法律立即失效
- D. 经全国人大常委会发回的特别行政区的法律一律具有溯及力

2. (2007-1-61)^① 根据香港特别行政区基本法的规定, 下列哪些选项是正确的?

- A. 香港特别行政区行政长官如认为立法会通过的法案不符合香港特别行政区的整体利益, 可在 3 个月内将法案发回立法会重议
- B. 如果立法会拒绝通过政府提出的财政预算案或其他重要法案, 香港特别行政区行政长官在征询行政会议的意见之后可解散立法会
- C. 因立法会拒绝通过财政预算案或其他重要法案而解散立法会, 重选的立法会继续拒绝通过所争议的原案, 香港特别行政区行政长官必须辞职
- D. 香港特别行政区行政长官因两次拒绝签署立法会通过的法案而解散立法会后, 重选的立法会仍通过原法案, 行政长官与立法会协商不成的, 行政长官有权再次解散立法会

考点四 民族区域自治制度

重点法条

《民族区域自治法》

★★第十五条 民族自治地方的自治机关是自治区、自治州、自治县的人民代表大会和人民政府。

.....

★★第十六条

民族自治地方的人民代表大会常务委员会中应当有实行区域自治的民族的公民担任主任或者副主任。

★★第十七条 自治区主席、自治州州长、自治县县长由实行区域自治的民族的公民担任。自治区、自治州、自治县的人民政府的其他组成人员, 应当合理配备实行区域自治的民族和其他少数民族的人员。

.....

★★第十九条 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点, 制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例, 报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效, 并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。

法学理论

- ★★民族区域自治制度的概念
- ★★★自治地方和自治机关
- ★★★自治地方人大和政府的特殊性

^① ABC。此题绝大部分人都不会做, 不必恐惧。我不提倡掌握得这么细, 太费时间, 遇上了可以碰碰运气。

★★★立法自治权

★★经济社会文化自治权

考点解析

1. 民族区域自治制度的概念

民族区域自治制度是指在中华人民共和国范围内,以少数民族聚居区为基础,建立相应的民族区域自治地方,并设立民族自治机关,行使宪法和法律规定的自治权的制度,实则民族自治与区域自治的结合。主要法条依据是《民族区域自治法》。

2. 自治地方和自治机关

(1) 民族区域自治地方:指我国境内少数民族聚居并实行区域自治的行政区域,分为自治区、自治州(包括自治盟)、自治县(包括自治旗)三级。

(2) 民族自治地方的自治机关是指在民族区域自治地方设立的行使同级一般行政区域地方国家机关职权和同时行使自治权的国家机关,包括自治区、自治州、自治县的人民代表大会和人民政府。

注意:①民族乡不属于民族自治地方,其人民代表大会和人民政府自然也不属于自治机关,不享有民族自治权,但民族乡可以因地制宜发展经济、文化、教育和卫生等事业。

②自治地方的审判机关和检察机关不是自治机关,不行使民族自治权。

3. 自治地方人大和政府的特殊性

(1) 民族自治地方的人大中,除实行区域自治的民族外,其他少数民族代表也应当有适当的名额和比例。

(2) 民族自治地方的人大常委会中应当由实行区域自治的民族公民担任主任或副主任。

(3) 自治区主席、自治州州长、自治县县长由实行区域自治的民族公民担任。

(4) 民族自治地方的人民政府的其他组成人员和自治机关所属工作部门的干部中,要尽量配备实行区域自治的民族和其他少数民族的人员。

4. 立法自治权

(1) 自治地方的人民代表大会有权制定自治条例和单行条例。自治区人大制定的自治条例和单行条例,报全国人大常委会批准后生效;自治州、自治县人大制定的自治条例和单行条例,报省、直辖市或者自治区的人大常委会批准后生效,并报全国人大常委会备案。注意自治地方的人大常委会没有此权力。

(2) 根据本地方实际情况,对不适合民族自治地方实际情况的国家的法律、政策,自治机关可以报经上级国家机关批准后变通执行或者停止执行。

5. 经济社会文化自治权

民族自治地方经国务院批准,可以组织本地方维护社会治安的公安部队。

真题演练

1. (2005-1-14)^① 根据《中华人民共和国民族区域自治法》的规定,下列哪一机关不享有自治条例、单行条例的制定权?

^① D. 辖区内有自治州、自治县的省不是自治地方,没有立法自治权。



- A. 自治区人民代表大会
- B. 自治州人民代表大会
- C. 自治县人民代表大会
- D. 辖区内有自治州、自治县的省人民代表大会

2. (2007 - 1 - 19)^① 依照法律规定的权限, 民族乡的人民代表大会可以从事下列哪一行为?

- A. 制定自治条例和单行条例
- B. 制定具有民族特点的政府规章
- C. 自行确定经济社会发展政策
- D. 采取适合民族特点的具体措施



^① D。民族乡不是民族自治地方, 不享有立法自治权。

第七讲 《立法法》

【本讲概要】《立法法》是宪法这个部门法中相当重要的一部单行法，学好本讲内容，不仅有利于得到宪法部分的分数，而且有助于学好行政法。本讲从立法分工与权限、规范性法律文件的效力位阶、规范性法律文件的效力冲突、立法审查四个方面全方位解构了《立法法》，这四个方面也是司法考试中的重难点，但可以放心的是，本讲已对相关内容作了精到的提炼，相信读者学完本讲自会有会心的一笑。

考点一 立法分工与权限

重点法条

《宪法》

★★第六十二条 全国人民代表大会行使下列职权：

……

（三）制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律；

……

★★第六十七条 全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：

……

（二）制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；

（三）在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触；

……

【关联法条】

《立法法》

★★★第九条 本法第八条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。

★第十条 授权决定应当明确授权的目的、范围。被授权机关应当严格按照授权目的和范围行使该项权力。

被授权机关不得将该项权力转授给其他机关。

★第五十六条 国务院根据宪法和法律，制定行政法规。

行政法规可以就下列事项作出规定：

（一）为执行法律的规定需要制定行政法规的事项；



（二）宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。

应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项，国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定先制定的行政法规，经过实践检验，制定法律的条件成熟时，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。

★★★第六十三条 省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规。

较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规，应当对其合法性进行审查，同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准。

省、自治区的人民代表大会常务委员会在对报请批准的较大的市的地方性法规进行审查时，发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的，应当作出处理决定。

本法所称较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。

★★★第六十五条 经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施。

★★★第六十六条 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。

自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

★第七十一条 国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。

部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。

法学理论

★★立法分工

★★立法权限

考点解析

（一）立法分工

立法分工指的是不同的规范性法律文件应当分别由哪些主体制定的问题，或者说不同的立法主体有权制定哪些规范性法律文件的问题。我国的法律体系主要包括宪法、法律、行政法规、规章（部门规章和地方规章），此外还有三种比较特殊的规范性法律文件，即经济特区法规、自治条例和单行条例，根据规范性法律文件是一般还是特殊，我们将立法

分工归纳为两类：一般分工和特殊分工。

1. 一般分工

制定主体 级别		人大及其常委会	行政机关	
			政府	部门
中央		宪法、基本法律、其他法律	行政法规	部门规章
地方	省级	地方性法规	地方政府规章	无
	较大的市			

立法的一般分工是：

(1) 全国人大可以制定和修改宪法和基本法律，基本法律是指刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律^①。

(2) 全国人大常委会可以制定和修改应当由全国人大制定的法律以外的其他法律，在全国人大闭会期间，对全国人大制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法的基本原则相抵触^②。

(3) 国务院可以制定和修改行政法规^③。

(4) 省、自治区和直辖市、较大的市的人大及其常委会可以制定地方性法规。较大的市包括三类：省、自治区的人民政府所在市（即俗称的“省会市”）、经济特区所在市、国务院批准的较大的市^④。需要注意的是，较大的市的人大及其常委会制定的地方性法规必须报请所在的省、自治区的人大常委会批准。

目前，经济特区所在市包括深圳、汕头、珠海和厦门，国务院批准的较大的市有唐山、大同、包头、大连、鞍山、抚顺、吉林、齐齐哈尔、无锡、淮南、青岛、洛阳（以上是1984年批准的）、宁波（1988年批准）、淄博、邯郸、本溪（1992年批准）、徐州、苏州（1993年批准）。制定地方性法规必须在上位法的框架内进行，如果上位法已有完备规定，则不得制定地方性法规。

(5) 国务院的组成部门^⑤、具有行政管理职能的直属机构可以制定部门规章^⑥，个别具有行政管理职能的直属事业单位经法律授权也可以制定部门规章^⑦。

(6) 省级人民政府、较大的市的人民政府可以制定地方规章。

2. 特殊分工

(1) 经济特区所在省和市的人大及其常委会根据全国人大的授权决定，制定经济特区法规，在经济特区范围内实施^⑧。对此，需要注意以下问题：

① 经济特区所在省和市的人大及其常委会都有权制定经济特区法规，例如，深圳经济特区所在的省是广东省，所在的市是深圳市，因此广东省人大及其常委会与深圳市人大及其常委会均可制定经济特区法规。

② 经济特区法规的适用范围是经济特区，而不是经济特区所在市。例如深圳市人大



① 《宪法》第62条第3项。
② 《宪法》第67条第2项、第3项。
③ 《立法法》第56条第1款。
④ 《立法法》第63条。
⑤ 即部、委、行（中国人民银行）、署（审计署），不包括办公厅、法制办等办公机构和办事机构。
⑥ 《立法法》第71条。
⑦ 如《证券法》第179条对证监会的授权。
⑧ 《立法法》第65条。



常委会制定的经济特区法规就只能适用于深圳经济特区，而非深圳市，因为深圳经济特区和深圳市在地域上可能不是重合的。

(2) 自治条例、单行条例由自治地方（自治区、自治州、自治县）的人大制定（注意不含常委会），自治区的自治条例和单行条例，报全国人大常委会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省、自治区、直辖市的人大常委会批准后生效^①。

（二）立法权限

立法权限指不同的规范性法律文件所能规定事项的范围。根据规范性法律文件是一般的还是特殊的，我们将立法权限归纳为一般权限和特殊权限，前者指法律、行政法规、规章所能规定事项的范围，后者指经济特区法规、自治条例和单行条例所能规定事项的范围。

1. 一般权限

一般权限中可能考到的是行政法规的权限问题和法律保留问题。

(1) 行政法规的权限：执行法律所必需的事项、属于国务院行政管理职权的事项、本应由全国人大及其常委会制定法律来调整而全国人大及其常委会授权国务院先行制定行政法规的事项^②。需要注意的是，国务院接受全国人大及其常委会的授权之后，不得转授权给其他机关^③，且在制定法律的条件成熟时，应当及时提请全国人大及其常委会制定法律^④。

(2) 法律保留。所谓法律保留，即法律明确规定某些事项只能由法律来加以规定，其他种类的规范性法律文件不得规定，简言之即“法无规定不可为”，法律保留依其保留的程度可分为相对保留与绝对保留，其中法律的绝对保留至关重要，是显见的考点，读者务必透彻掌握。

① 法律相对保留：指法律虽然将某些事项予以保留不许其他种类规范性文件染指，但由于立法时机不成熟或立法能力有欠缺，也可以由全国人大及其常委会授权国务院先行制定行政法规，由此授权产生的行政法规名称之前均须加“暂行”二字，以示源于全国人大及其常委会的授权，也以此“暂行”之名区别于一般行政法规。对于法律的相对保留，一般了解即可，司考鲜有涉及^⑤。

② 法律绝对保留：指某些事项只能由全国人大及其常委会制定的法律规定。绝对保留与相对保留的区别在于，绝对保留中不存在授权之余地，换言之，即使立法时机不成熟或立法能力有欠缺，全国人大及其常委会也不得授权国务院制定行政法规。法律绝对保留的内容包括：犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚、诉讼和仲裁制度，可以简记为“罪、政、自、诉”^⑥。

2. 特殊权限

(1) 经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。注意这里是说，变通规定优先于上位的法律和行政法规

① 《立法法》第66条。

② 《立法法》第56条第2款、第3款。

③ 《立法法》第10条第3款。

④ 《立法法》第56条第3款。

⑤ 《立法法》第8条、第9条。

⑥ 《立法法》第9条。

适用。

(2) 自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点,对法律和行政法规的规定作出变通规定,但不得违背法律或者行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。注意这里是说,变通规定优先于上位的法律和行政法规适用^①。

考点二 规范性法律文件的效力位阶

重点法条

《立法法》

★第七十八条 宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。

★★第七十九条 法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。

行政法规的效力高于地方性法规、规章。

★★第八十条 地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。省、自治区人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。

★★第八十一条 自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。

经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。

★第八十二条 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力,在各自的权限范围内施行。

法学理论

★★★判断规范性法律文件效力位阶的基本规则

★★判断规范性法律文件效力位阶的特殊规则

考点解析

1. 判断规范性法律文件效力位阶的基本规则

同一机关制定的规范性法律文件之间效力位阶相等,如法律与法律之间、行政法规与行政法规之间,等等,重点是不同机关制定的规范性法律文件之间效力位阶的判断。

(1) 宪法 > 法律 > 行政法规 > 其他规范性法律文件。

(2) 地方性法规效力低于宪法、法律、行政法规,但高于本级及下级地方政府规章、下级地方性法规。我们可以通过下列三个不等式来掌握这个问题:

^① 《立法法》第66条、第81条





四川省地方性法规 > 四川省政府规章
四川省地方性法规 > 成都市政府规章
四川省地方性法规 > 成都市地方性法规

(3) 地方政府规章效力低于宪法、法律、行政法规、本级及上级地方性法规、上级地方政府规章，但高于下级地方政府规章。我们可以通过上述与下述的不等式来掌握这个问题：

四川省政府规章 > 成都市政府规章

(4) 部门规章与地方性法规、地方政府规章具有同等效力，举例言之：

公安部规章 = 四川省地方性法规；公安部规章 = 成都市地方性法规

公安部规章 = 四川省政府规章；公安部规章 = 成都市政府规章

注意不可对上述公式进行交叉运算，切忌以等式替换的方式进行比较，只能将两类文件独立比较。例如，我们不能因为部门规章效力等于省级地方政府规章，而省级地方政府规章的效力又高于较大市的地方政府规章，从而想当然地推导出部门规章的效力高于较大市地方政府规章——实际上它们的效力是相等的。

以上分析看似复杂，其实综合一下即可发现暗藏的规律，这个规律就是：制定机关的地位基本决定了其制定的法律文件的效力位阶。例如，四川省人大常委会地位高于四川省政府，所以四川省地方性法规的效力高于四川省政府规章的效力，又如，公安部和四川省权力没有交叉，其地位是相等的，所以公安部的规章与四川省政府的规章效力也是相等的，等等。在掌握了具体情形之后，结合这个规律，即可将本考点全面、准确地掌握，由此可见，分析与综合，务必交叉为用，切忌死记硬背。

2. 判断规范性法律文件效力位阶的特殊规则

自治条例、单行条例、经济特区法规可对上位法的规定作出变通，并可在自治地方、经济特区内优先于上位法适用这种变通规定（宪法除外）^①。

考点三 规范性法律文件的效力冲突

重点法条

《立法法》

★★第八十三条 同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。

★★第八十四条 法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。

★★★第八十五条 法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决^②。

① 以上见《立法法》第78条~第82条。

② 以上见《立法法》第83条~第85条。

★★第八十六条 地方性法规、规章之间不一致时，由有关机关依照下列规定的权限作出裁决：

- (一) 同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决；
- (二) 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决；
- (三) 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。

根据授权制定的法规与法律规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

法学理论

- ★★同一机关制定的规范性法律文件之间的冲突规则
- ★★不同机关制定的不同位阶规范性法律文件之间的冲突规则
- ★★★★不同机关制定的同一位阶规范性法律文件之间的冲突规则

考点解析

场 合		分 类	规 则
同一机关制定		无	①特别优于一般。②新法优于旧法，法不溯及既往，但有利溯及除外。 ③新的一般规定与旧的特别规定相矛盾时，由制定机关裁决。
不同机关制定	不同位阶	无	上位法优于下位法
	同一位阶	(1) 授权制定的法规与法律	全国人大常委会进行裁决
		(2) 部门规章与地方性法	规国务院先行处理，如认为应适用部门规章应提请全国人大常委会裁决
		(3) 部门规章与地方政府规章	国务院裁决
		(4) 省级地方政府规章与较大市地方性法规	省级人大常委会裁决

1. 同一机关制定的规范性法律文件之间的冲突规则
- (1) 特别优于一般。指特别规定与一般规定不一致时，应适用特别规定。如 2004 年卷二第 40 题。
- (2) 新法优于旧法，法不溯及既往，但有利溯及除外，如刑法的从旧兼从轻原则。
- (3) 新的一般规定与旧的特别规定相矛盾时，应当由制定机关裁决。具体而言，法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。
2. 不同机关制定的不同位阶规范性法律文件之间的冲突规则
- 不同机关制定的不同位阶规范性法律文件之间的冲突规则是上位法优于下位法，不多赘述。
3. 不同机关制定的同一位阶规范性法律文件之间的冲突规则
- (1) 授权制定的法规与法律之间的冲突：授权制定的法规在我国目前包括两种：一是





国务院根据授权制定的行政法规，二是经济特区所在省、市的人大及其常委会根据授权制定的经济特区法规。它们与法律在效力位阶上是相同的，故发生冲突时由作为授权机关的全国人大常委会进行裁决。

(2) 部门规章与地方性法规之间的冲突，首先由国务院处理，国务院认为应当适用地方性法规的，应当作出适用地方性法规的决定；国务院认为应当适用部门规章的，无权自行做出决定，应当提请全国人大常委会作出最终裁决。其原理在于，国务院的地位比全国人大常委会低，所以说了不一定算。

(3) 部门规章与地方政府规章之间的冲突由共同上级——国务院裁决。两者的制定机关分别是国务院的部门和地方政府，他们的共同上级都是国务院，故由国务院裁决之。

(4) 省级地方政府规章与较大市地方性法规之间的冲突，由省级人大常委会作出裁决^①。

真题演练

(2009-1-62)^② 关于法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的适用，下列哪些选项符合《立法法》规定？

- A. 同一机关制定的特别规定与一般规定不一致时，适用特别规定
- B. 法律、行政法规、地方性法规原则上不溯及既往
- C. 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致不能确定如何适用时，由国务院裁决
- D. 根据授权制定的法规与法律规定不一致不能确定如何适用时，由全国人大常委会裁决

考点四

立法审查

重点法条

《宪法》

★★第六十七条 全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：

……

(七) 撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令；

(八) 撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议

……

【关联法条】

《立法法》

★★★★第八十八条 改变或者撤销法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的权限是：

① 以上见《立法法》第86条。

② ABD。



(一) 全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律，有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第六十六条第二款规定的自治条例和单行条例；

(二) 全国人民代表大会常务委员会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规，有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规，有权撤销省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第六十六条第二款规定的自治条例和单行条例；

(三) 国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章；

(四) 省、自治区、直辖市的人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的和批准的不适当的地方性法规；

(五) 地方人民代表大会有权撤销本级人民政府制定的不适当的规章；

(六) 省、自治区的人民政府有权改变或者撤销下一级人民政府制定的不适当的规章；

(七) 授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规，必要时可以撤销授权。

法学理论

★★★★事先审查：批准与备案

★★★★事后抽象审查：以“改变、撤销”为中心

考点解析

《立法法》规定的立法审查既包括违宪审查，也包括合法性审查，只是对于违宪审查的启动程序，有较为特殊的规定，这在前文已经讲述。由于违宪审查和合法性审查在制度上有颇多重合之处，故我们将这两者放在一起总结，重点讲述备案和事后抽象审查两个制度。

(一) 事先审查：批准与备案

1. 批准指某些规范性法律文件只有事先获得特定机关的批准，该文件方能生效。根据现行立法，包括：

(1) 自治区人大制定的单行条例与自治条例，须经全国人大常委会批准方能生效，自治州、自治县（包括自治旗）人大制定的单行条例与自治条例，须经制定机关所在的省级行政区的人大常委会批准方能生效。

(2) 较大市人大及其常委会制定的地方性法规，须经制定机关所在的省级行政区的人大常委会批准方能生效。

“批准制度”在“违宪审查”部分已经全面分析过，此处只是简单陈述而已，读者可前后参照。

2. 备案指规范性法律文件制定出来后，需要向特定国家机关备案，以便进行后续监督。备案制度本身并不是立法审查，但它是立法审查所不可或缺的前提。根据现行立法，可以根据“一个核心、三个例外”的规律来掌握备案制度：

(1) 核心规律：备案找上级

“上级”是指比该规范性法律文件的效力高的那些文件的制定机关，也就是说，一个规范性法律文件制定出来以后，如果存在着某些国家机关，这些机关所制定的规范性法律文件在效力上比它更高，那么，这一法律文件就应当向这些机关备案。



“备案找上级”，是一条总的规律，核心的规律，下文所述三点均为这一规律的例外，运用这些例外，我们可以从已经找到的“上级”机关里面，剔除出一部分，而剩余的机关，就确定无误的是这个规范性法律文件的备案机关。

例如，运用这一原则，成都市的地方政府规章有可能向以下机关备案：全国人大、全国人大常委会、国务院、四川省人大、四川省人大常委会、四川省政府、成都市人大、成都市人大常委会，一共八个机关。

(2) 例外之一：人大不备案

即各级人大均不接受备案，原因在于各级人大并非常设的国家机关，客观上不宜成为备案机关。因此，如果按照“备案找上级”的规律所找到的“上级”正好是某级人大的话，那么就应当将其替换为该级人大的常委会。例如，上述成都市地方政府规章的例子，结合这一规律，其可能的备案机关剩下：全国人大常委会、国务院、四川省人大常委会、四川省政府、成都市人大常委会，一共五个机关。

(3) 例外之二：批准当自己

即将被批准的规范性法律文件当做批准机关自己的法律文件进行备案，也就是说，一旦某个规范性法律文件已经获得了上级机关的批准，就无须再向这一机关备案了。因为，批准的监督方式，在对立法文件审查的强度上远远大于备案，如果既批准又备案，则无异于重复。此时，这一法律文件按照上述两个原则，向比批准机关级别更高的机关备案了。例如，云南省大理自治州制定的单行条例，由于已经获得了云南省人大常委会的批准，此时就只需要向比云南省人大常委会级别更高的机关备案了，即只需向全国人大常委会和国务院备案。

(4) 例外之三：规章有例外

行政规章的例外在于，它无须向全国人大常委会备案。也就是说，它的最高备案机关只能是国务院。仍然以上述成都市的地方政府规章为例，结合这一例外，可以发现其备案机关只有：国务院、四川省人大常委会、四川省政府、成都市人大常委会，一共四个机关。这四个机关就确定无误地成为成都市地方政府规章的备案机关。

按照以上规律来掌握立法文件的备案问题，看似繁琐，实则准确，其优点在于能够准确无误地确定每一个立法文件的备案机关，避免错误和遗漏。

(二) 事后抽象审查：以“改变、撤销”为中心

事后的抽象审查，是指审查机关在规范性法律文件生效后，不以争议案件之存在为前提对规范性法律文件的审查。事后抽象审查包括主动（依职权）和被动（依申请）两种形态，我们在“违宪审查”部分对其被动形态（要求审查和建议审查）已经分析过，此处分析的是其主动形态，即通常所说的“改变、撤销”制度。

改变和撤销制度的规定极为复杂，但从外观来说，规律性仍然是很强的——在审查主体和审查对象（规范性法律文件）之间，有的只能撤销但不能改变，有的只能改变不能撤销，还有的既可改变又可撤销。这是为什么呢？外观反映了制度的本质——撤销是合法性审查或合宪性审查的处理结果，而改变则是适当性审查（或称合理性审查）的处理结果。由审查主体和审查对象的制定机关之间是何种关系的视角出发，“改变和撤销”的规律可以被精炼地归纳为四句话：“领导关系，可改可撤；监督关系，只能撤不能改；授权关系，可一撤到底；批准关系，只能撤不能改”——事实上如果不做此种精炼之归纳，现行法上复杂的规定将无法精准掌握。



1. 领导关系可改可撤

如果两个机关之间存在的是领导关系，则领导机关既有权撤销，也有权改变被领导机关的规范性法律文件，也即既可以做法制审查，也可以做适当性审查。所谓领导关系，主要存在于三类机关之间：①各级人大领导其常委会；②上级政府领导下级政府；③各级政府领导其所属部门。可以简记为“人大领导常委会，政府领导政府，政府领导部门”。例如，广东省政府可以撤销或改变深圳市政府制定的地方性规章。

现行法相关规定之列举^①如下表所示。

审查主体	审查内容	审查结果	审查对象	制定机关
全国人大	适当性	改变或撤销	法律	全国人大常委会
省级人大	适当性	改变或撤销	地方性法规	省级人大常委会
国务院	适当性	改变或撤销	部门规章	国务院部门
	适当性	改变或撤销	地方规章	省级政府、较大市政府

2. 监督关系只能撤，不能改

如果两个机关之间存在的是监督关系，则监督机关有权撤销，但无权改变被监督机关的规范性法律文件，也即只能做法制审查，而不能做适当性审查。所谓监督关系，主要存在于两类机关之间：①各级国家权力机关（包括各级人大及其常委会）监督本级政府；②上级国家权力机关监督下级国家权力机关（均包括人大及其常委会）。可以简记为“人大监督政府，人大监督人大。”例如，广东省人大常委会可以撤销但不得改变广东省政府制定的地方性规章。

现行法相关规定之列举如下表所示。

审查主体	审查内容	审查结果	审查对象	制定机关
全国人大常委会	合法性、合宪性	撤销	行政法规	国务院 ^②
全国人大常委会	合法性、合宪性	撤销	地方性法规	省级人大及其常委会 ^③
省级人大常委会	适当性	撤销	地方规章	省级人民政府 ^④
较大市人大常委会	适当性	撤销	地方规章	较大市的人民政府 ^⑤

3. 授权关系可一撤到底

如果两个机关之间存在的是立法授权关系，则授权机关有权撤销被授权机关的立法，乃至撤销其授予的立法权^⑥。也就是说，如果两个机关之间存在着立法上的授权与被授权关系，则授权者对于被授权者的立法文件，可以做法制审查，对其授予的权力也可以进行处分。所谓立法授权关系，主要存在于两类机关之间：①全国人大及其常委会授权国务院制定行政法规；②全国人大授权经济特区所在省、市的人大及其常委会制定经济特区法规。例如，全国人大常委会可以撤销国务院根据授权制定的某一税收暂行条例，甚至可以撤销其授予的该项权力。

① 《立法法》第88条。

② 《宪法》第67条，《立法法》第88条。

③ 同上注。

④ 《立法法》第88条。

⑤ 同上注。

⑥ 《立法法》第88条第7项。



4. 批准关系只能撤，不能改

如果某个规范性法律文件是经过批准生效的，依照前述“批准当自己”的原则，将其视为批准机关的文件进行监督即可，简单点说，就是经批准的立法，视为批准者的立法。但是对于这种经过批准的文件，只能撤销，不能改变。

例如，内蒙古自治区制定的自治条例、单行条例在经过全国人大常委会批准之后生效，那么，在此问题上将其视为全国人大常委会自己制定的立法文件对待即可，此时只有全国人大以及全国人大常委会自己可以监督，但只能撤销，不能改变。再如，自治州、自治县、自治旗制定的自治条例与单行条例，以及较大市制定的地方性法规，在经过所在地省级人大常委会批准之后生效，那么，在此问题上将其视为省级人大常委会自己制定的立法文件对待即可，即此时只有全国人大常委会、省级人大以及省级人大常委会自己有权撤销它^①。

现行法相关规定之列举如下表所示。

审查主体	审查内容	审查结果	审查对象	制定机关	批准机关
全国人大	合法性、合宪性	撤销	自治条例和单行条例	自治区人大	全国人大常委会
全国人大常委会	合法性、合宪性	撤销	自治条例和单行条例	自治州、自治县的人大	省级人大常委会
全国人大常委会	合法性、合宪性	撤销	地方性法规	较大市的人大及其常委会	省级人大常委会

真题演练

1. (2004-2-40)^② 按照《律师法》规定，申请领取律师执业证书，司法行政机关应当自收到申请之日起 30 日内作出是否颁发的决定。按照行政许可法的规定，应当自受理行政许可申请之日起 20 日内作出行政许可决定。2004 年 7 月初，张某向省司法厅申请领取律师执业证书，司法厅的正确做法是：

- A. 应当适用律师法，在 30 日内作出是否颁发的决定
- B. 应当适用行政许可法，在 20 日内作出是否颁发的决定
- C. 可以选择适用律师法或者行政许可法关于期限的规定作出决定
- D. 因法律关于期限的规定不一致，报请全国人大常委会裁决后再作决定

2. (2008-1-14)^③ 关于改变或者撤销法律、法规、自治条例和单行条例、规章的权限，下列哪一选项符合《立法法》的规定？

- A. 全国人民代表大会有权改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背《宪法》和《立法法》相关规定的自治条例和单行条例
- B. 省、自治区、直辖市的人民代表大会有权改变或者撤销其常务委员会制定和批准的不适当的地方性法规
- C. 地方人民代表大会常务委员会有权改变或者撤销本级人民政府制定的不适当的规章
- D. 授权机关有权改变被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规

① 以上见《立法法》第 88 条、第 89 条。

② A。此题虽然出现在卷二，实际上用立法法“特别优于一般”的原理非常简单。

③ B，批准关系，只能撤，不能改，故 A 错。B 是领导关系，可改可撤，故正确。C 是监督关系，不能改变，故错。D 是授权关系，可一撤到底但不能直接改变。

附录 本书主要法律文件全、简称对照表

行 政 法

公务员法	中华人民共和国公务员法
行政处罚法	中华人民共和国行政处罚法
治安管理处罚法	中华人民共和国治安管理处罚法
行政许可法	中华人民共和国行政许可法
行政复议法	中华人民共和国行政复议法
复议法实施条例	中华人民共和国行政复议法实施条例
行政诉讼法	中华人民共和国行政诉讼法
若干解释	最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》 若干问题的解释
证据规定	最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定
国家赔偿法	中华人民共和国国家赔偿法
国赔解释	最高人民法院关于人民法院执行《中华人民共和国国家 赔偿法》若干问题的解释
刑法	中华人民共和国刑法
刑事诉讼法	中华人民共和国刑事诉讼法
政府信息公开条例	中华人民共和国政府信息公开条例

宪 法

宪法	中华人民共和国宪法
国籍法	中华人民共和国国籍法
选举法	中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表 大会选举法
人大代表法	中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表 大会代表法
全国人大议事规则	中华人民共和国全国人民代表大会议事规则
全国人大常委会议事规则	中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会议事规则
法官法	中华人民共和国法官法
检察官法	中华人民共和国检察官法
全国人大组织法	中华人民共和国全国人民代表大会组织法

国务院组织法

地方组织法

村委会组织法

居委会组织法

法院组织法

检察院组织法

香港基本法

澳门基本法

民族区域自治法

立法法

中华人民共和国国务院组织法

中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法

中华人民共和国村民委员会组织法

中华人民共和国城市居民委员会组织法

中华人民共和国人民法院组织法

中华人民共和国人民检察院组织法

中华人民共和国香港特别行政区基本法

中华人民共和国澳门特别行政区基本法

中华人民共和国民族区域自治法

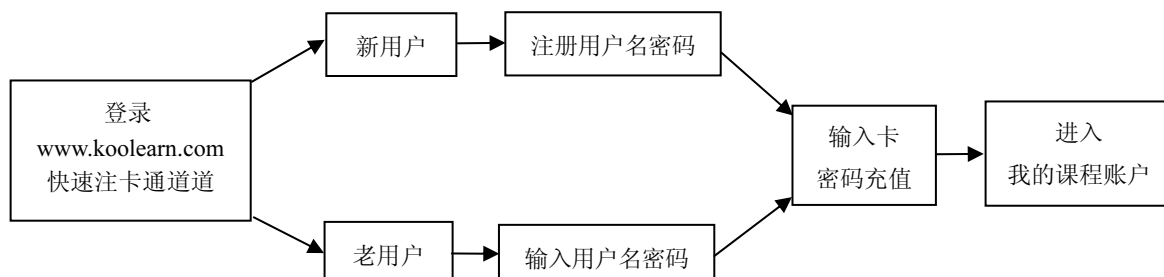
中华人民共和国立法法

恭喜您成为新东方在线网上学员

本卡为新东方在线礼品卡，将此卡充值，您可在有效期内学习新东方在线司法考试指定课程。

充值操作流程

登录 www.koolearn.com 网站→在首页进入“快速注卡”通道，注册用户名密码→输入“卡密码”充值→进入“我的课程账户”听课。



特别提醒：

本卡充值使用有效期截至 2010 年 10 月 01 日，逾期不能听课，充值后有效期为 30 天。

此卡为非卖品，不可销售。咨询热线：400-676-2300。

卡密码：3548900823026133

2010 年新东方司考网络课程产品体系

产品类别	产品名称	促销价	新东方在线 2010 年司法考试的五大优势
特色班型	2010 司考金牌通关班（送 09）	2580 元	1. 超强的师资队伍 授课教师均为来自北京大学、人民大学、中国政法大学的权威教师，使您足不出户，即可享受京城一线名师的精彩授课。 2. 全面系统的课程体系 四阶段的独特教学模式——历年真题破解、系统精讲、串讲模考、点睛飞跃。 3. 丰厚的投资回报 超低的价格，却有同样的课堂效果，新东方北斗星学校面授课程随堂录制，面授班课程结束后一星期内对应网络课程即可上线。 4. 反复听课无限畅学 没有听课次数的限制，并且细分知识点，哪里没有学懂从哪里重复学起。 5. 协议保过 基于 2008、2009 年的高通过率，与金牌协议通关班学员签订电子协议。不通过国家规定的分数线，免费重读 2011 全程班课程。
	2010 司考全程联报班（送 09）	1680 元	
单项	2010 司考系统精讲班（送 09）	680 元	
	2010 司考串讲模考班（送 09）	580 元	
	2010 司考历年真题破解班（送 09）	280 元	
	2010 司考点睛飞越班（送 09）	380 元	
套餐组合	2010 司考真题+精讲联报（送 09）	880 元	
	2010 司考真题+精讲+点睛联报（送 09）	1180 元	
	2010 司考精讲+串讲+点睛联报（送 09）	1480 元	
	2010 司考精讲+点睛联报（送 09）	980 元	
	2010 司考串讲+点睛联报（送 09）	880 元	